SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

VOLUME III, PARTE I.

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

CONTENENTE

L'ANALISI CRITICA DEGLI AUTORI E DELLA GIURISPRUDENZA

e seguita

DA UN REASSUNTO ALLA FINE DI CIASCUN TITOLO

OPERA

DEL SIG. V. MARCADÉ

Antico Avv. alla Corte di Cassazione, al Consiglio di Stato ed al Ministero dell' Interno, uno de' compilatori-fondatori della *Rivista critica di giurisprudenza*

TRADUZIONE

di

LUIGI SAMPOLO

Avvocato e Professore di dritto

ESEGUITA SULLA QUINTA ED ULTIMA EDIZIONE DI PARIGI

accresciuta dall' autore di molte quistioni, ec.

E CORREDATA DAL TRADUTTORE

Del confronto degli articoli del Codice per lo regno delle Due Sicilie e di tutte le disposizioni governative pubblicate sin'oggi non che della giurisprudenza patria

La scienza del dritto consiste tanto
futare i falsi principi che nel co
veri.
Repertorio di Merlin, *Nova*

VOL. III.

PALERMO

STABILIMENTO TIPOGRAFICO-LIBRARIO

DEI FRATELLI PEDONE LAURIEL

Largo del Cancelliere, n° 84.

1858.

N. B. — *Le note dell'Autore sono segnate coi numeri arabi; quelle del Traduttore cogli asterischi.*

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

TITOLO III.

Dei contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

CAPITOLO SESTO

DELLA PRUOVA DELLE OBBLIGAZIONI E DI QUELLA DEL PAGAMENTO.

I. — In questo sesto ed ultimo capitolo del titolo *Delle obbligazioni convenzionali*, il Codice tratta dei mezzi coi quali si può provare o che una obbligazione esista, o che sia estinta.

Si può provare o la obbligazione o la sua *estinzione*, e non solo il *pagamento*, secondo dice la nostra rubrica, e conforme diceva anche Pothier (parte 4ª). Infatti il debitore, non importa per qual causa si è liberato, avrà sempre vinto la causa, provando o di aver fatto il pagamento, o di avere estinto il debito per novazione, compensazione, o in altro modo: dippiù l'art. 1315 (1269) dice che il debitore deve giustificare il pagamento *o il fatto che ha prodotto la estinzione*... Si potrebbe del resto dire che la parola *pagamento* è usata dalla nostra rubrica nel senso generico, e affin d'indicare qualunque scioglimento del legame (*solutio*), mentre si usa in un senso speciale nell'art. 1315 (1269).

II. — Cotesto capitolo, dichiara prima (art. 1315 (1269)) da chi la prova debba esser fatta, stabilendo una regola che *a priori* ben di leggieri si comprende, e poi ci indica (art. 1316 (1270)) cinque specie di prova, di ognuna delle quali tratterà una sezione speciale.

1315 (1269). — Colui che domanda la esecuzione di una obbligazione, dee provarla.

Reciprocamente, chi pretende di esserne stato liberato, dee giustificare il pagamento, o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione.*

* Le domande e le eccezioni debbono essere provate per la nota regola: *actore non probante reus est absolvendus*. C. S. di Napoli, 5 nov. 1846.

— Nel falso incidente, il peso della verificazione dello scritto appartiene all'attore sull'incidente medesimo. C. S. di Napoli, 27 gennaro 1848.

— L'estimazione delle pruove è nel demanio dei giudici del merito. C. S. di Napoli, 10 ag. 1852.

SOMMARIO

I. Colui che a fin di sconvolgere lo stato delle cose mette innanzi una pretensione, deve provarla.

II. Continuazione e significato delle massime Probatio incumbit actori; — Ei qui dicit, non ei qui negat.

III. Si applica il principio alla obbligazione di cui la causa non è detta nell'atto: il debitore deve provare che la causa non esiste. Errore di Duranton, Zachariae, ec.

I. — È ragionevole che una pretensione, che da altri si contrasta, debba sempre provarsi da chi la metta innanzi. Se voi ne avete una contro di me, ed io sostengo che sia falsa, dovete voi provarla vera, non io inesatta.

Così l'intende il nostro articolo, col dire che colui che pretende esser creditore, dee provare il credito, e che il debitore che pretende essere stato liberato, dee provare la sua liberazione. Ma questo è poco; bisogna più generalmente ed assolutamente affermare, che una pretensione, qualunque ella sia, debba essere sempre provata da chi la propone. — Togliamo qui un esempio che ci porge la disposizione dell'articolo 1302 (1256); se io pretendo essere voi obbligato a rilasciarmi il tal cavallo, debbo io provare la vostra obbligazione, ove voi la neghiate. — Se voi pretendete che il mio credito il quale non è stato mai negato da voi, o provato contro di voi, sia estinto per la morte casuale del cavallo da voi dovuto; ove io ciò neghi, spetta a voi provare che l'animale sia perito per puro accidente. — Se, essendo il fatto riconosciuto da me, o provato da voi, io allego essere imputabile a voi la morte per caso fortuito, e quindi essere voi tenuto verso di me a' danni-interessi, perchè senza la colpa commessa da voi prima dell'accidente, il cavallo non sarebbe morto; se, ad esempio, io dico che voi eravate in mora di adempiere, quando avvenne il caso, e che senza questo colpevole ritardo, il cavallo non sarebbe morto nell'incendio, od altro qualunque accidente, io debbo provare la colpa che a voi imputo. — Se voi sostenete che l'animale, nel caso che mi fosse stato rilasciato al tempo stabilito, sarebbe perito presso di me come presso di voi, dovete di ciò fare la prova (1).

II. — Non dovrebbe dunque, prendersi alla lettera la regola *actori incumbit probatio*, e stimarsi che la pruova di qualunque proposizione controversa debba farsi sempre da chi è attore nella causa; la pruova deve farsi da chi fa una allegazione nel suo interesse, e contro il suo avversario, sia egli attore o convenuto.

Senza dubbio, la regola *actori* è vera assolutamente e sempre, ma deve intendersi colla parola *actor*, non quegli che propone il giudizio, ma la parte (non importa se attrice o convenuta) che propone contro l'altra un altro elemento di decisione, che agisce e va innanzi allegando alcun che di nuovo, pretende mutare e rovesciare, almeno in qualche punto, lo *statu quo*, lo stato in cui le cose si trovano, tutti insieme i fatti o le idee che sono al presente stabilite, o con pruove già fatte, o per riconoscimenti dati, o per l'indole naturale delle cose. In somma la regola *actori* è vera assolutamente quando si applica tanto al convenuto che procede (*agens*) a giustificare la sua difesa, quanto all'attore che pruova la sua domanda, e quando allato alla regola ACTORI *incumbit probatio*, si pone l'altra, *reus excipiendo*

(1) Ma in nessun caso il giudice può decidere un punto controverso di fatto per conoscenze personali avute all'infuori della causa. Montpellier, 23 novembre 1852 (J. P., 1854, t. II, p. 444); Bastia, 7 febbraro 1855 (J. P., 1855, t. I, p. 124); Toullier (t. VIII, p. 39); Duranton (t. XIII, n. 9); Zachariae (§ 749 e nota 3); Massé (*Dritto commerciale*, t. VI, n. 6). — Pure la lettera missiva diretta da una parte al giudice, può esser pareggiata a un documento giudiziario ed allegata da un terzo in sostegno dell'azione intentata da lui contro l'autore della lettera o il suo avente-dritto. — *Vedi* Lione, 16 febbraio 1854 (J. P., 1855, t. I, p. 43).

fit ACTOR.—Ciò fu ben compreso da una decisione di Grenoble del 14 luglio 1832. Il tribunale di prima istanza avea ordinato agli sposi Argoud, che erano gli attori nella lite, di provare che non esistesse la servitù che si voleva sul loro prato; ma la Corte per il principio evidentissimo, che la libertà dei fondi è lo stato naturale e normale, riformò la sentenza, dando il carico della prova a coloro che pretendevano avere il dritto della servitù, benchè fossero convenuti (Dev., 33, 2, 11).

Similmente bisogna intendere con prudenza l'altra massima sì spesso usata, e alle volte non ben compresa, che la prova debba farsi da chi afferma, e non da chi nega; *ei qui dicit, non ei qui negat*. Perchè tal regola sia vera, bisogna ritenere *is qui dicit*, colui che mette innanzi una pretensione, che allega qualche cosa di nuovo nella discussione, tanto col negare ciò che sembrava essere, quanto coll'affermare ciò che sembrava non essere: viceversa, *is qui negat*, quegli che o negando o affermando contraddirà, respingerà la nuova allegazione, affinchè si restasse nello *statu quo*.

Cotesta regola era altrimenti intesa da qualche antico interprete che si appoggia sopra un passo non ben compreso del Codice di Giustiniano, che è la legge 23, lib. 3, tit. 19, la quale dichiara, che un attore cui sia impossibile il provare la sua pretensione, non può costringere il convenuto a far la pruova del contrario, dacchè chi nega il fatto, nulla deve provare per la natura stessa delle cose; *actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reus necessitate monstrandi contrarium non astringit; cum per rerum naturam, factum negantis probatio nulla sit*. Le ultime parole *factum negantis probatio nulla* avevano un senso puramente relativo, che fa comprendere tutta insieme la frase: significando il convenuto nulla avere a provare, ove neghi il fatto allegato contro di lui; non essere tenuto ad alcuna pruova, quando si sta sulla difesa, e sul niego. Gl' interpreti tolsero a solo queste parole, e intendendole assolutamente, dissero in modo generale: *colui che nega non deve mai far pruova; riesce impossibile qualunque pruova di chi nega per la natura stessa delle cose*.—Pure, siccome in parecchi testi si suppone la necessità di pruovare proposizioni negative, onde veniva meno il loro preteso principio; essi lo restrinsero singolarmente immaginando quattro specie negative, tre delle quali, secondo loro, potevano, e dovevano provarsi, l'ultima sola non si poteva: e sono la negativa di *un dritto*, la negativa di *una qualità*, di *un fatto definito* (cioè determinato nelle sue circostanze), e di *un fatto indefinito*.

Ma coteste sottigliezze immaginate per sostenere un principio falso, e che alle volte anche in oggi vediamo allegare, dovrebbero alla fine essere abbandonate insieme col principio. Tutte queste idee, che sarebbero di certo morte da gran tempo, se la pratica non fosse la maggiore potenza del mondo, sono state vittoriosamente confutate nel XVII secolo dal tedesco giureconsulto Coccejo; ed assai prima Bartolo e Marcardo avevano chiaramente insegnato che « quando una parte fonda la sua domanda sopra una negazione, sia ella attrice o convenuta, deve provarla, senza distinguere se la negativa sia di dritto, di fatto, o di qualità ».—*Ubicumque negatio est causa intentionis alicujus, sive agentis, sive excipientis,* EI QUI NEGAT INCUMBIT ONUS PROBANDI... *sive sit negativa juris, sive facti, sive qualitatis.*

Infatti, oltrechè non vi ha negazione che non possa mutarsi in un' affermazione contraria, e divenir così capace di prova, è una sventura per colui che mette innanzi una pretensione fondata sulla negazione, quando gli riesce impossibile farne la pruova; il che ben raramente potrebbe avvenire; ma non perciò deve darsi il carico della pruova a colui che nulla domanda, nulla pretende, ed aspetta solo che siano giustificati gli attacchi diretti contro di lui. —Del resto, in questi medesimi casi, la condizione della parte che mette innanzi la nuova pretensione, non sarà tanto molesta, come può sembrare a primo a-

spetto, perchè se ella non può del tutto provare ciò che allega, potrà almeno provare alcuni fatti, alcune circostanze che lo renderanno in certo modo verosimile e probabile. Or questo principio di pruova faculta il giudice, giusta l'art. 1367 (1321), a risolvere la quistione mercè il giuramento deferito o all'avversario, o anche alla parte che mette innanzi la pretensione; e il rifiuto del convenuto (sia attore nell'azione o nella eccezione) di fare una pruova contraria, che facilmente potrebbe e che non vuol fare, basterà perchè egli sia condannato sul semplice giuramento dello avversario.

Così, a rispondere esattamente alla quistione intorno a chi debba fare la prova, diremo, non incombere la prova all'attore, e nemmeno a colui che afferma nè a colui che nega (le quali due proposizioni, esattissime se si intendono come conviene, danno un senso ambiguo che potrebbero trarre in errore), ma qualunque novella pretensione, che tenda a mutare lo stato presente delle cose, dover provarsi da chi la metta innanzi, e non già da colui contro cui è diretta, e che la combatte.

III.— Questo principio, così semplice, scioglie facilmente, secondo noi, una quistione tanto importante quanto controversa, e intorno a cui il più degli scrittori, e specialmente Duranton (X, 355) e Zachariae (II, p. 475), ci sembra che incorrano in uno errore in cui non è caduta la giurisprudenza.

Quando la scrittura che comprova un contratto unilaterale, una obbligazione di alcuno verso di me senza una mia reciproca obbligazione, non indica la causa della obbligazione; per esempio quando avete sottoscritto un biglietto che dice: « Io riconosco di essere debitore ad N di 500 franchi che gli pagherò in quel tempo » ovvero « Io mi obbligo di pagare ad N in quel tempo 500 franchi » senza dire perchè sono dovuti, deve il preteso creditore provare che esista una causa lecita, ovvero il preteso debitore che non ne esista? La risposta è molto semplice per noi. Poichè delle due contrarie allegazioni deve provarsi quella per cui si vuol mutare lo *statu quo*, rovesciare tutti insieme i fatti o le idee al presente acquistate o con prove o riconoscimenti prima dati, o per la natura ordinaria delle cose, colui che qui si presenta come debitore e che pretende non esserlo, deve provare che in fatti non lo sia. Allorquando vi chiedo 500 franchi, esibendovi una scrittura con la quale vi siete obbligato a pagarmeli, io non muto l'ordine stabilito, ma voglio semplicemente che le cose abbiano il loro corso normale: voi vi siete dichiarato mio debitore, io chiedo che come tale foste trattato, la cosa è assai naturale. Quando invece voi rispondete aver firmato una scrittura, ma doversi lacerare; esservi detto mio obbligato, ma non esserlo; voi dovete rovesciare ciò che esiste, attaccare ciò che voi stesso avete stabilito, e divenire ACTOR *excipiendo*. Dunque voi dovete far la pruova della vostra pretensione. Si dirà invano che colui il quale si dice creditore, deve giustificare che esistano le diverse condizioni cui è subordinato il suo credito, e quindi la esistenza di una causa dell'obbligazione; dappoichè questa causa (come le altre condizioni richieste) è stabilita per adesso, e salva la prova in contrario, per ciò che voi vi siete dichiarato debitore. In effetto, secondo la regola generale e nell'ordine naturale delle cose, non si sottoscrive un'obbligazione quando nulla si deve. Senza fallo ciò può avvenire (e appunto perchè la cosa può essere, vi è dato di farne la pruova), ma è questa una eccezione allo stato normale ed ordinario. Or non dee provarsi la regola contro la eccezione, ma questa contro di quella.

E come non si è scorto fin dove si giungerebbe con la contraria dottrina? Ciò che della causa dicono Duranton, Zachariae, Dalloz ed altri, dovrebbe pur dirsi delle altre condizioni richieste perchè una obbligazione si formi od anche perchè sia valida. L'obbligato direbbe al suo creditore: « Acciocchè io fossi condannato al pagamento, è bisogno che voi proviate sia il credito efficace e valido; provate dunque

che io era maggiore, non interdetto e che agiva liberamente, ec. ». Perchè infine la legge che vuole una causa lecita, vuole pure sia capace chi si obbliga, e consenta senza errore, violenza o dolo; ed essendo il creditore tenuto a provare che esista la prima condizione, perchè sarebbe egli dispensato dal provare ch' esistano le altre? Il vero è che quando alcuno si tiene per obbligato, dee credersi che lo sia in fatti fino a che non provi il contrario: e ciò è vero tanto della causa che delle altre condizioni, poichè nè queste nè quella devono essere espresse nell'atto (1132 (1086)).

Nè si dica che il debitore possa esser costretto ad una prova assolutamente impossibile di una negativa indefinita, e che necessariamente perderà la lite quando pure la sua pretensione sarà ben fondata. Gli è un errore palpabile; nè la condizione del debitore è mai così trista come vuol dirsi. O vi è una causa falsa, cioè una causa che si credeva esistere e non esiste; ovvero l'atto ne aveva una reale, ma contraria alla legge; ovvero è una causa futura che non si è effettuata, o una causa successiva che non esiste più; o finalmente manca assolutamente la causa, e allora chi ha soscritto l'atto era demente (avvegnachè non uno che abbia fior di senno potesse obbligarsi senza alcun motivo). Ora in tutti i casi la negazione mutasi nell' affermazione di un fatto positivo, che sarà ben facile provare (1); e se il creditore può sempre (eccetto il caso di demenza, che provata una volta non lascerebbe nulla a rispondere) schermirsi con dire, che l'avversario rende verosimile, ma non prova la sua pretensione, potendo la obbligazione avere qualunque altra causa che quella di cui prova il vizio; dobbiamo ricordarci che quando il debitore rende verosimile ciò che egli allega, il giudice può deferire il giuramento al debitore (articolo 1367 (1321)) ove il creditore si restringa a dire: la causa è valida ed io la so; ma non voglio indicarla.

In tal caso il debitore dee provare ciò che allega; e questo punto bandito già dal parlamento di Parigi per li paesi consuetudinari, e da quello di Tolosa pei paesi di dritto scritto, fu ritenuto anche sotto il Codice (2) da varie decisioni (sebbene nessuna ne citi Duranton anche nella sua edizione *accresciuta della analisi di giurisprudenza*).

Cotesta dottrina dee sembrare altrettanto men dubbia in quanto che è riconosciuto da altre molte decisioni, ed anche dagli scrittori da noi combattuti, la mancanza di causa doversi provare da colui che sottoscrive quando nella scrittura si leggono le parole: *Io riconosco di essere debitore*, e dal creditore, quando nell' atto si dice soltanto: *io pagherò*, ovvero *io mi obbligo di pagare*. Cotesta distinzione immaginata da antichi scrittori, riprodotta nel consiglio di Stato, e sostenuta anche in oggi, massime da Duranton, non è dessa una puerilità? E come chi ha fior di buon senso può scorgere una differenza fra colui che dice: « Io riconosco di dovere tal somma ad N » e quell'altro che dice: « Io mi obbligo di pagare tal somma ad N? » Non si riconosce forse debitore chi si dichiara tenuto a pagare? Essere debitore o essere obbligato val tutt'uno; e lo stesso Duranton altrove lo dice apertamente (XIII, 321, § 6).

Del resto, la quistione può solo presentarsi per il contratto unilaterale; perchè essendo sinallagmatico, la causa di ciascuna obbligazione, che è appunto l'oggetto dell'altra, vi sarebbe necessariamente indicata.

(1) Duranton dice, che essendo falsa la causa, il debitore potrà facilmente provarlo, ma gli tornerebbe del tutto impossibile il provare che la causa manchi affatto. Palpabile errore; dappoichè il fatto di obbligarsi senza alcuna causa non può derivare che da difetto di senno il quale può benissimo provarsi.

(2) Vedi Rennes, 24 ottobre 1816; Liege, 19 febbraro 1824; Bourges, 12 febbraro 1825; Agen, 3 giugno 1830; Cassaz. (d'una decisione di Poitiers), 16 ottobre 1848 (Dev., 5, 2, 190; 8, 2, 27; 32, 2, 575; 49, 1, 113. — Nel medesimo senso: Maleville (art. 1131 (1085)); Marbau (*Trans.*, n° 157); R. de Villargues (alla parola *Causa di obbligaz.*); Bonnier (*Pruova*, n. 557); Poujol (art. 1131 (1085), n. 8).

1316 (1270).—Le regole che riguardano la pruova per iscritto, la pruova testimoniale, le presunzioni, la confessione della parte, ed il giuramento, sono spiegate nelle seguenti sezioni.

N. B. Abbiamo già detto che saranno trattate in cinque sezioni le cinque sorta di pruova di cui parla il nostro articolo.

SEZIONE PRIMA

DELLA PRUOVA PER ISCRITTO

I. — Col nome di pruova per iscritto, la legge abbraccia non solo quella che risulta dalla scrittura propriamente detta, ma anche l'altra che vien provata dalle *taglie* con cui si indica la quantità delle mercanzie date da una parte all'altra, e che sono una specie di scrittura, un sistema di segni che basta a indicare ciò che si vuole.

II. — Le scritture con cui si provano le convenzioni, e che molto esattamente si dicono *instrumenta* (mezzi di pruova, istrumenti di pruova) ebbero infine i nomi poco esatti, ma già universalmente ricevuti, di *titoli* o *atti*. Parlando propriamente, l'*atto* non altro è che il fatto stesso avvenuto fra le parti, *quod actum est*; ma per una figura la medesima parola valse a significare lo scritto che ricorda il fatto.

Similmente la parola *titolo*, che esattamente esprime il fondamento del dritto (titolo di compratore, di erede, di donatario) si è applicato allo *instrumentum* che comprova il titolo. Del resto, se il sostantivo *instrument* (strumento) non è usato in questo senso, il verbo *instrumentor* (*rogare uno strumento*) si usa al contrario, e noi lo vedremo nell'art. 1317 (1271).

I titoli o atti sono *autentici*, o *scritture private*. *originali*, o semplici *copie*, *primordiali*, o solo di *ricognizione*.

III. — La sezione, che dobbiamo qui sviluppare, dividesi in cinque paragrafi che trattano:

Il primo, del titolo autentico, e delle controscritture colle quali si fa a quello una segreta derogazione.

Il secondo, della scrittura privata.

Il terzo, delle tacche a riscontro, ossia delle taglie.

Il quarto, delle copie dei titoli.

Il quinto ed ultimo, degli atti di ricognizione, ed anche di quelli di *conferma*, i quali regolarmente dovrebbero essere non nel nostro capitolo, ma nel precedente alla sezione *dell'azione di nullità*, dappoichè la conferma o ratifica fa venir meno il vizio per cui una convenzione si può annullare; e si prova secondo le regole ordinarie.

§ 1. — *Del titolo autentico.*

1317 (1271).—L'*atto autentico* è quello che è stato ricevuto da pubblici uffiziali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui l'atto si è steso, e colle solennità richieste.*

* L. 12 dic. 1816. — 13. Tutte le carte che si trovano emesse, e che si emetteranno dalle casse di tutti i due banchi, sieno fedi di credito, sieno polizze notate fedi originali, non solo continueranno ad essere esenti da' diritti di bollo e di registro; ma per accrescerne sempre più la circolazione, e ripristinarle nel loro antico credito, serviranno di pruova nella numerazione del denaro. Come ancora tutte le dichiarazioni convenzionali condizionali e patti qualunque apposti nelle girate delle suddette carte formeranno quella pruova, e produrranno quell'effetto che la natura e la qualità dell'atto suo porta, ancorchè non sieno registrate, bastando la giornata segnata nelle stesse per la loro passata al banco, ad assicurarne la data, rimanendo soltanto soggette al registro le citazioni per atto di usciere che si faranno in dorso delle carte stesse di banco, e che sieno alligate alle me-

SOMMARIO

I. Che cosa sia l'atto autentico. Qui si tratta specialmente dell'atto notarile.
II. Perchè sia efficace si richiedono quattro condizioni.
III. Analisi e censura della deplorabile legge del 21 giugno 1843.

I.—Diconsi in generale atti autentici o atti pubblici quelli che emanano regolarmente dalla pubblica autorità. Così gli atti legislativi sono in primo ordine atti autentici; similmente gli atti amministrativi. Ma il nostro articolo non vuol parlare di tutti questi atti; parlando come ben si scorge di atti *ricevuti* da pubblici uffiziali autorizzati ad attribuir loro la pubblica fede (*instrumenter*). Esso adunque tratta, come si manifesta dal modo ond'è compilato, e dalla materia a cui appartiene, dell'atto autentico che mira *a provare le convenzioni*. Del resto, qualunque atto autentico poteva facilmente definirsi quello che emana da pubblici uffiziali i quali agiscono nello esempio regolare del loro uffizio (1).

I cancellieri, i patrocinatori, gli uscieri, ec. attribuiscono pure l'autenticità agli atti di loro competenza, ma nel nostro articolo si parla solo di quegli atti autentici che sono per eccellenza destinati a provare autenticamente le convenzioni, cioè degli *atti notarili*, essendo appunto ufficio proprio del notaro l'attribuire pubblica fede alle dichiarazioni di volontà dei cittadini.

II.—Acciocchè l'atto sia realmente autentico, e ne generi quindi gli effetti, vuole essere ricevuto da un ufficiale capace, competente, e che agisca colle forme richieste.

E primieramente, colui che riceve l'atto dev'essere pubblico ufficiale.—Se dunque un tale si è fatto credere notaro, mentre non era, l'atto fatto da lui non potrebbe esser valido sino alla iscrizione in falso, qualunque fosse la buona fede delle parti ingannate.—Il medesimo è di un notaro il quale è stato deposto dal suo ufficio; egli non è più pubblico ufficiale dal dì in cui la deposizione gli è stata notificata, non da quello in cui è stata pronunziata; ma noi stimiamo che l'atto avrebbe la sua piena autenticità se quegli che lo fa, si fosse fatto nominare notaro, senza avere le condizioni richieste; per esempio, se uno straniero avesse avuto l'amministrazione di una carica, facendosi credere per

desime prima di passarsi al banco, per ritirarne il danaro con quelle proteste che le parti crederanno di apporvi per loro cautela. Saranno parimente soggette al registro fisso le così dette partite di banco, o sieno le copie estratte delle fedi, o polizze, delle quali le parti vogliano fare uso legale secondo le leggi vigenti.

D. 20 ottobre 1848. — 1. Le disposizioni degli atti rogati da ufiziali pubblici, e delle sentenze e decisioni delle autorità del contenzioso giudiziario amministrativo de' nostri dominî di là del Faro, dall'epoca del 12 gennaro del corrente anno fino a quando le armi regie vi hanno ristabilito l'ordine, saranno rilasciate con le formole esecutive, e con le intestazioni stabilite nella legge notarile dei 25 di novembre 1819, e delle leggi di procedura civile e di eccezione per gli affari di commercio, sopprimendosi nelle copie degli atti tutte le frasi o titoli che si opponessero alle formole in dette leggi stabilite. L'ufiziale pubblico che rilascerà la spedizione di alcuni atti o sentenza, dovrà infine delle copie dell'atto indicare il giorno, mese ed anno in cui avrà rilasciato tale copia. 2. Per le spedizioni degli atti medesimi che si fossero rilasciate anteriormente al presente decreto, con formole diverse da quelle indicate nell'articolo primo, non potrà procedersi a verun atto di esecuzione, se prima l'ufiziale che dee procedere, non avrà surrogato le formole stesse a quelle di cui la spedizione sarà rivestita.

— L'atto stipulato in paese straniero deve essere rivestito di tutte le forme che son ivi richieste per la validità di esso. C. S. di Napoli, 15 gennaro 1830.

— I consoli nell'estero esercitano le funzioni di magistrato, ed i loro atti fanno fede come quelli de' magistrati per tutti i fatti di lor competenza. 13 gennaro 1848.

(1) Così senza alcun dubbio il verbale di conciliazione steso dal giudice di pace è un atto autentico, che potrebbe solo smentirsi col difficile mezzo della iscrizione in falso. Infatti il giudice conciliatore non è un privato. Quando l'art. 54 (T) del Codice di procedura dice cotesto atto *aver forza di obbligazione privata*, intende parlare non della forza *probante*, della fede dovuta all'atto, ma solo della *forza esecutiva*. *Vedi* art. 1319 (1273), n° 3).

Francese, o credendosi tale egli stesso, o se per errore un Francese fosse notaro prima dell' età, dappoichè in tal caso la legge è stata violata, ma l'individuo è notaro, e vi rimarrà fino a che non ne sarà rimosso (Conf. Duranton XIII, 77, Bonnier, n. 354).—Secondariamente, l'ufficiale pubblico deve essere capace di fare un contratto, e quindi sarebbe inefficace l'atto ricevuto da un notaro sospeso del suo ufficio non avendo più qualità dal giorno che gli sia stata notificata la sospensione, secondo abbiamo già detto. Il notaro che è sospeso, diversamente dal deposto, è sempre un pubblico ufficiale, ma non è capace di fare un atto nel tempo della sospensione. È necessario anche che l' ufficiale sia competente, cioè: 1° che l' atto che egli fa sia di quelli che può fare; 2° che lo riceva nel luogo ove ha dritto di farlo; 3° che l'atto non riguardi le persone cui gli è vietato di prestare il suo ministero. Così un notaro non potrebbe rilasciare una citazione pregiudiziaria, nè un usciere ricevere un atto di donazione, nè un notaro di Versailles stendere un atto a Parigi; e nessun notaro può (art. 8 della legge del 25 ventoso anno II (artic. 8 della legge del 1819)) ricevere un atto in cui sarebbe parte un suo parente o affine in linea retta in qualunque grado esso sia, o in linea collaterale fino al terzo grado (fratello, zio, e nipote).—È necessario in fine che si sieno compiute le solennità volute dalla legge; ci interterremo qui alcun poco di quelle che riguardano il numero e la qualità di coloro da cui l'atto dev'essere ricevuto.

III.—L'art. 9 della legge del 25 ventosò anno II dispone « gli atti saranno ricevuti da due notai, o da un notaro assistito da due testimonî ». Ma cotesta regola, già stanziata e rinnovata un tempo dalle ordinanze di Filippo IV nel 1304, di Carlo VII nel 1437, di Luigi XII nel 1498, e di Francesco I nel 1543 (1), fu sempre attraversata dai notari, sinchè due regolamenti del 1681 e 1703, ed anche alcuni editti reali di ottobre 1691 marzo e settembre 1706 (2) la ebbero infine modificata, permettendo che l' atto potrebbe essere da un solo notaro ricevuto, il quale rimaneva incaricato di farlo sottoscrivere da un collega; pertanto ogni notaro continuò dopo, e non ostante la legge di ventoso, a ricevere da solo gli atti, salvo a farli firmare poi da un collega per pura forma. Ciò si fece anche e ben naturalmente per i due testimonî destinati a sostituire il notaro secondario; e nei luoghi ove risiedeva un solo notaro, gli atti si ricevevano da lui solo senza testimonî, salvo a farli poi firmare da due vicini che di ordinario firmavano tutti gli atti dello studio, senza neppur sapere di che si trattasse.

Checchè se ne abbia potuto dire, con ciò violavasi apertamente la legge di ventóso, poichè questa riproduceva la regola delle antiche ordinanze, non l'altra diversa degli editti recenti; i quali per altro non si riferiscono affatto ai testimonî, che il legislatore avea sempre creduto indispensabili. Era inoltre una pratica poco morale, dichiarandosi negli atti che le parti erano comparse ed ancor fatte le loro convenzioni alla presenza di M. N e il *suo collega*, sebbene questi non abbia mai visto le parti; ovvero che l' atto era stato ricevuto *alla presenza del tale e del tale testimonî*, quando cotali persone non erano state punto testimonî: la menzogna e la falsità erano autenticamente stabilite in tutti gli atti notarili. Pure la giurisprudenza negò spesso (non ostante il testo formale dell'art. 68 della legge di ventoso, che dichiarava nullo qualunque atto non fatto conforme all'art. 9) di annullare quegli atti; e se parecchie decisioni di Corte di appello li dichiararono nulli, molte altre li dichiararono validi, per lo strano motivo che l'uso stabilitosi aveva tacitamente abrogato la legge; come se fossimo ancora governati dalla con-

(1) Racc. di Isambert, t. II, p. 818; t. VIII, pagina 855; t. XI, p. 352; t. XII, p. 835.

(2) Giorn. delle udienze, tit. 5, lib. 3, cap. 44; Jousse, Ammin. della giust. civ., parte 5, tit. 2, n° 50.

suetudine, come se il potere legislativo che solo può fare o disfare la legge non stesse oggi esclusivamente nel Corpo legislativo, e nel Senato. Quest'ultima giurisprudenza, che poteva riuscire esempio troppo funesto, stava per vincerla; quando la Corte suprema con una decisione di rigetto del 7 maggio 1839, e specialmente con quella di cassazione del 28 gennaro 1841 (1), ne dichiarò apertamente la nullità, dicendo con ragione che le contravvenzioni ad una legge, per quanto siano molte, non potrebbero esser legittime; che l'uso opposto ad una disposizione di pubblico interesse è un abuso che non deve essere consacrato, e che l'uso il quale potè abrogare la legge quando la consuetudine era la legge non lo può oggi. — Il Governo allora si scosse e propose una legge.

Era il momento in cui, assolvendosi il passato con la onnipotenza legislativa, si dovea pensare per lo avvenire a rendere sincere le garenzie, alcune delle quali erano state rinunziate dai nostri antichi Re dopo una lotta di circa 400 anni (2); delle quali garenzie oggi più che mai si è inteso il bisogno per la condotta di alcuni notari. Non fu così; la legge del 21 giugno 1843 sanzionò invece per tutti gli atti in generale l'antico uso del notariato rispetto al notaro secondario, e rispetto ai testimonî, perchè secondo leggesi nel rapporto alla Camera dei Deputati (3) non sarebbe facile la presenza reale dei due notari, essendo insufficiente il numero di tali ufficiali. Ma fosse pure così (noi vorremmo dubitarne), non permetteva la legge di ventoso che si sostituisse il secondo notaro con due testimonî? Si è aggiunto non essere buona garenzia testimoni ignoranti, dipendenti dal notaro e spesso da lui pagati. Ma era necessaria la presenza dei testimonî appunto per averli seriamente, come negli atti dello stato civile, in quelli di notorietà rilasciati dai giudici di pace, e nei testamenti. E se era poca la garenzia di due testimonî, come dunque la vostra nuova legge li vuole per eccezione negli atti che le sembrano più importanti degli altri? Si è pur detto, che la presenza dei testimonî sarebbe molesta alle parti, le quali possono delle volte non voler far noti i segreti della loro condizione e dei loro affari; e si è appunto voluta la presenza dei testimonî per i riconoscimenti dei figli naturali! Colui che teme si divulghi un atto, può ei medesimo scegliere due testimonî sulla prudenza dei quali possa fare assegnamento; nè sarebbe secondo noi ragionevole di negare alle parti le garenzie che si volevano loro accordare dalle nostre antiche ordinanze e dalla legge di ventoso.

Checchè ne sia di siffatta opinione, un punto non ci sembra dubbio, ed è, a dirla francamente, la *immoralità* di questa legge che eleva a *regola di dritto* la menzogna che dianzi era stata un *fatto* illecito e tollerato. Infatti questi articoli 1 e 3 fan conoscere che sia sempre in vigore l'art. 9 della legge di ventoso (di cui le disposizioni sono imposte a pena di nullità dall'articolo 68); che quindi è sempre necessario a pena di nullità che l'atto sia ricevuto da due notari, o da un notaro con due testimonî; ma questa regola deve intendersi come la pratica del notariato la aveva fino allora applicata. Questi due articoli adunque significano: gli atti potranno essere ricevuti da UN NOTARO SOLO E SENZA TESTIMONÎ, sotto condizione, pena la nullità, che nell'atto si dica di essere stato ricevuto da due notari, o da un notaro assistito da due testimonî, e che facciano apporre immediatamente le firme necessarie, per dare apparenza di vero a quella falsa dichiarazione.

Così i nostri legislatori elevano la furberia a principio legale, e impongono officialmente ai notari di eseguire una meschina commedia. Senza dubbio non vi si è pur pensato; ma di certo non si potrebbe

(1) Dev., 39, I, 353; 41, I, 105; J. P., I, 1839, p. 503; I, 1841, p. 154.

(2) L'ordinanza di Filippo V è del 1304 e il primo editto che modifica la regola è del 1691. Il potere regio ha ceduto dopo una lotta di 340 anni. Del resto non ebbe mai declinato per la presenza dei testimonî.

(3) Monitore del 9 marzo 1841.

immaginare alcuna cosa che più di cotesta legge corrompa (1).

Del resto, la legge per quanto viziosa, non obbliga meno, e dobbiamo qui riepilogare le regole risultanti dai suoi quattro articoli per le tre specie di atti notarili che essa ha creato: 1° i testamenti pubblici debbono essere sempre ricevuti da *due notari alla presenza di due testimoni, o da un notaro alla presenza di quattro testimoni* (articolo 4) e Codice Napoleone (articolo 971 (896)); 2° le donazioni fra vivi anche fra coniugi, le revoche di donazioni o di testamento, i riconoscimenti di figli naturali, e i contratti di matrimonio, e le procure fatte per dare il consenso a tali atti, debbono riceversi da *due notari* o da un *notaro alla presenza di due testimoni* (articolo 2); — 3° tutti gli altri atti possono riceversi da un solo notaro *senza testimoni*, purchè l'atto faccia la falsa menzione della assistenza di un secondo notaro, o di due testimoni, e sia firmato dai medesimi (art. 1 e 3).

Non ci interterremo di avanzo sulle regole intorno agli atti notarili, perchè altrimenti faremmo il comentario non del Codice Napoleone, ma della legge di ventoso anno XI, per la quale bisogna riportarsene alle opere speciali.

1318 (1272).—L'atto non autentico per l'incompetenza o l'incapacità dell'uffiziale, o per un difetto di forma, vale come privata scrittura, quando sia stato sottoscritto dalle parti.*

SOMMARIO

I. L'atto autentico che come tale è nullo, può valere come atto privato, formando un'altra specie che non si governa colle speciali regole dell' atto privato. Errore di Delvincourt.
II. Esso vale, fosse anche in brevetto, senza che se ne fossero fatte due o tre copie.
III. Ma può valere come atto privato, quando è sottoscritto da tutte le parti contraenti.
IV. Si confuta un errore di Toullier e Duranton.
V. È inoltre necessario, che l'atto abbia in vero l'apparenza di autentico e che tale siasi dovuto credere dalle parti. Svolgimento di questa regola mala espressa nel testo.
VI. Osservazioni.

I.—Perchè un atto sia realmente autentico, è necesario, siccome abbiam veduto nel n. II del precedente articolo: 1° essere ricevuto da un pubblico ufficiale, 2° questi essere competente, 3° capace, e 4° averlo ricevuto secondo le forme dalla legge richieste.

Mancando la prima di coteste quattro condizioni, l'atto non ha alcuno valore; esso è del tutto nullo. All' incontro, quando l' atto emana da un ufficiale non competente, incapace, o che l' abbia fatto senza le forme richieste, la legge nel nostro articolo 1318 (1272) riproducendo la disposizione dell'art. 68 della legge di ventoso, soccorre le parti, volendo che valga come

(1) Ammesso, bene o male, che basti un solo notaro senza testimoni, doveva francamente dirsi, gli atti potersi ricevere da un notaro. Ciò voleasi non che dai principî della morale, ma bensì dalle regole del buon senso. Vedendosi una tal legge proposta dal ministero, adottata dalla Camera dei Deputati (intesa la relazione di Filippo Dupin) e dalla Camera dei Pari (inteso il relatore Frank Carré) ci domandiamo ove ne sia ito il rispetto della santa maestà delle leggi, e il sentimento della morale pubblica, e ove noi da qui a pochi anni ne andremo e a quali destini sarà serbata la Francia.

N. B. Ciò scrivevamo per la nostra terza edizione nel 1847. Gli avvenimenti giustificarono tosto le nostre previsioni, e fecero ricordare un' altra volta a coloro che si chiamano uomini politici:— Che « Dio e la sua morale entrano pure negli affari del mondo ». (*Vedi* i nostri studî di scienza religiosa, p. 611, 612).

*—Un atto di capitoli matrimoniali segnato solo dal costituente la dote, vale come scrittura privata. C. S. di Napoli, 6 febbraro 1832.

— Un atto nullo come autentico, nè potendo valere come scrittura privata, perchè una delle parti non sapeva scrivere, può valere come principio di pruova per dichiarazioni essenziali fatte da colui che avrà dichiarato di trasferire il dominio per vendita, e di averne ricevuto il prezzo sottoscrivendone l'atto nullo. C. Suprema di Napoli, 17 luglio 1852.

scrittura privata, purchè non manchi la firma delle parti.

Il nostro articolo porge un aiuto speciale alle parti. Infatti esso non applica i principî generali, nè potrebbe seguirsi in tutti i casi la sua disposizione, se non fosse stata formalmente scritta. Vedremo coll' articolo 1325 (1279 M) che trattandosi di contratti sinallagmatici, non si può avere una pruova scritta, anche per una semplice scrittura privata, se non che facendo tanti originali, quante sono le parti che hanno interessi distinti. È necessario adunque, in principio, che la scrittura privata si faccia in doppio, in triplo, in quatruplo, ec. quando due, tre, quattro parti o più avessero nella convenzione opposti interessi. Ora il nostro articolo eccettua da tal principio l'atto che le parti han voluto e creduto fare autentico, mentre non è.

L'atto che in apparenza è autentico, e riunisce anche realmente molte condizioni dell'atto pubblico regolare, che è stato ricevuto da un notaro, depositato nelle sue minute, ec. non bisogna si faccia in doppio; essendo firmato dalle parti, vale *come fosse* una scrittura privata.—Così il nostro articolo non significa, come alle volte si è creduto, che la competenza o incapacità dell' uffiziale, o la mancanza di forma faccia divenir l'atto *una scrittura privata*.

La scrittura di cui è discorso, è *un atto autentico*, se non che irregolare e nullo come autentico, vale come se fosse una scrittura privata fatta con tutte le condizioni richieste.

Che queste sieno le idee del legislatore ben si prova colla discussione al Consiglio di Stato. Jollivet incominciò dal riconoscere che l'art. 1325 (1279 M) (quello che impone la formalità delle copie in doppio, e che portava allora il numero 214) non si applica al caso del nostro art. 1318 (1272) (allora 208); e fe' osservare che a volerglielo estendere, sarebbe necessario esprimere più largamente l'art. 1325 (1279 M) che parlava solo di scritture private, dicendo così: « Le scritture private, E QUELLE *che sono l'oggetto dell'art. 1318 (1272)*, ec. » Regnauld vi si oppose, osservando essersi tal quistione già decisa dall'artic. 68 della legge di ventoso; e Tronchet aggiunse che infatti « essendo l'atto in un deposito pubblico è inutile volerne il doppio (*Fenet*, t. XIII, p. 113) (1).

E poichè l'atto autentico, irregolare e nullo per una delle tre cause indicate nel nostro articolo, è così efficace come una scrittura privata, ove sia firmato dalle parti, senza che perciò divenga scrittura privata, nè sia governata dalle regole speciali a quest'altra specie di atti, dobbiamo riconoscere, non ostante la contraria sentenza di Delvincourt, che non gli si possa applicare nè la regola dell'art. 1326 (1280) nè l'altra dello art. 1325 (1279 M).

Secondo l'art. 1326 (1280) la promessa unilaterale, colla quale alcuno si obbliga a pagare una somma determinata, mercanzie, o derrate, deve scriversi in intero di mano di colui che la sottoscrive, o per lo meno è necessario che oltre la sua firma egli abbia scritto di propria mano un *buono* ovvero un *approvato*, indicando in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa. Or cotesta regola che riguarda le scritture private, non può applicarsi all'atto di cui tratta il nostro articolo, che non è una scrittura privata, ma invece un atto ricevuto e rilasciato sotto la fede pubblica del notaro.

E difatti, se il legislatore ha temuto la frode in un atto fatto forse dallo stesso creditore, e che il debitore ha potuto firmarlo con fiducia, senza conoscerne il tenore, egli non aveva la stessa ragione di sospettare, quando l'atto è stato fatto da un terzo che non vi aveva interesse, da un pubblico uffiziale che ha la confidenza della legge e delle parti (2).

II.—Delvincourt e Dalloz (*loc. cit.*) propongono per incidenza, ma non risolvono, una questione assai più delicata, ed è, se

(1) *Conf.* Delvincourt (t. II); Duranton (XIII-71); Dalloz (§ 3, n. 5); Bonnier (n° 377); Rig., 8 marzo 1827.

(2) *Conf.* Duranton (XIII-73) e (implicitamente) Bonnier (n' 377-378).

si possa egualmente far di meno delle regole che si richiedono per le scritture private, e specialmente della necessità delle copie in doppio, quando l'atto autentico nullo come tale, ma sottoscritto dalle parti, fosse stato ricevuto in brevetto, cioè senza minuta, per modo che sarebbe rimasto non nel deposito pubblico del notaro, ma presso una delle parti. Delvincourt si restringe a dire, non essere solito che si faccia in brevetto un atto che interessi più persone; ma, benchè non sempre, pure può avvenire il caso, e difatti è avvenuto; e gli è per questo che vuolsi esaminare tal quistione. Dalloz dice essere stata risoluta negativamente da una decisione di Parigi dei 14 agosto 1845. Ma è un errore; quella decisione ha dichiarato l'atto del tutto inefficace, non perchè fatto in brevetto, ma perchè non firmato dal notaro che si pretendeva l'avesse ricevuto; per cui la Corte diceva non poter esso valere, nè come scrittura privata per non essere fatto in doppio, nè come atto autentico, anco irregolare, non essendo ricevuto dall'uffiziale pubblico. La decisione è giustissima, come noi vedremo nel seguente numero, e quindi resta integra la nostra quistione.

Se dovessimo trattarla da legislatori, forse dovremmo deciderla nel modo cui sembra inclinino Delvincourt e Dalloz, almeno per le convenzioni sinallagmatiche, dicendo che l'atto autentico (irregolare) non varrà in questo caso come scrittura privata, se non quando ne sarà rimasta la minuta presso il notaro. Ma in dritto essendo la legge qual'è, non si può pretendere tal condizione.

E primieramente, non potrebbe essere dubbio per gli atti relativi ad un oggetto il cui valore non ecceda i 300 fr. Imperciocchè l'art. 20 della legge di ventoso, volendo in principio che gli atti siano ricevuti in minuta, eccettua immediatamente gli atti semplici, che, *secondo le leggi*, possono rilasciarsi in brevetto; e la decisione dei 7 settembre 1723 che determina tali atti, annovera tutte le convenzioni che non eccedano 300 lire.

L'atto notarile ricevuto in brevetto è dunque perfettamente legale e regolare, anche per un contratto sinallagmatico, quando il valore è meno di 300 franchi. — Or quando l'oggetto del contratto è di un valore eccedente quella somma, l'atto ricevuto in brevetto sarà irregolare, e non varrà come autentico, poichè l'articolo 68 della legge di ventoso dichiara nullo come tale l'atto in cui si sarà contraffatto alla regola dell'art. 20.—Ma cotesto atto che non ha forza di autentico, conserverà (firmato dalle parti) la forza probante di una scrittura privata, poichè la mancanza della minuta è appunto uno dei vizî di forma di cui parlano il nostro e l'art. 68 della legge di ventoso: « qualunque atto, dice quest'ultimo, fatto in contravvenzione agli articoli...*venti* (quello che vuole la minuta) varrà come scrittura privata, se lo avranno sottoscritto tutte le parti ».—Così o l'atto che doveva farsi in minuta, e si è fatto in brevetto, offra solo tale irregolarità (che basta a fargli venir meno il valore di atto autentico), o la irregolarità derivi ad un tempo da tal vizio di forma, e da una delle altre cause indicate dal nostro, e dall'art. 68 della legge di ventoso; l'atto, purchè le parti lo abbiano sottoscritto, varrà sempre come atto privato regolare, cioè doppio e triplo, quando lo richiede lo art. 1325 (1279 M).

Riepilogando adunque diciamo, che oltre: 1° dell'atto autentico regolare per cui devono compiersi i varî dettati della legge di ventoso, e 2° dell'atto privato di cui nel secondo paragrafo si sono indicate dal Codice le regole, è riconosciuto dalla legge, 3° un atto autentico irregolare che vale come se fosse una scrittura privata; per modo che le tre sorta di scrittura che costituiscono la pruova letterale sono, l'atto autentico valido come tale, l'atto autentico valido come scrittura privata, e infine la scrittura privata.

III. — Nel nostro articolo, come nella legge di ventoso, l'atto che è in apparenza e non realmente autentico, vale come atto privato regolare, purchè le parti lo abbiano sottoscritto. Quindi bisogna dire con Toul-

lier (VIII, 135), non essere sufficiente la dichiarazione fatta nell'atto, che ciascuna o una delle parti abbia detto di non sapere o non potere sottoscrivere. Che la dichiarazione del notaro intorno a ciò sia efficace nell'atto autentico regolare, è naturale; ma non è il medesimo per l'atto che ha vaglia per una benigna eccezione: dovendo le eccezioni applicarsi rigorosamente, bisogna che vi sia la firma.

Il nostro articolo vuole indistintamente *la firma delle parti*, e la legge di ventoso *di tutte le parti*. Ma voglionsi accuratamente intendere coteste espressioni. Non è necessaria la firma di tutte le parti che abbiano figurato nell'atto a qualunque siesi titolo, ma quella di tutte quelle che abbiano contratta un'obbligazione, e contro le quali la scrittura dee far prova. Così è indispensabile la firma di tutte le parti nelle convenzioni sinallagmatiche nelle quali ciascuna di esse ha contratta un'obbligazione; e se fosse firmata da una sola, non avrebbe alcun valore, e non proverebbe nè contro quella parte che non ha firmato, e neppur contro l'altra che ha firmato, perchè quell'atto rimarrebbe un progetto che non vien provato di essere recato ad effetto. Ma basterà la firma del debitore in un contratto unilaterale, per esempio in un deposito che io fo presso Tizio, e che questi ha riconosciuto innanzi un notaro. Imperocchè, come ha fatto osservare Delvincourt (*ib.*), la firma del depositario basterebbe anche per una scrittura privata ordinaria.

In questo caso adunque non sarebbe affatto necessaria la mia firma sebbene io avessi figurato nell'atto (*Conf.*, Duranton, n° 73; Bonnier, n° 376).

Ma che decidere se una convenzione presentasse da un canto una parte che ha firmato, e dall'altro più parti cointeressate, una o alcuna delle quali soltanto avessero sottoscritto? Così presentandosi un atto notarile (nullo come tale) in cui si legge che Pietro si obbliga verso Giacomo e Giovanni o a rilasciar loro il suo podere, o a fabbricar loro una casa, o a fare o dare qualsiasi altra cosa, e costoro si obbligano in solido a pagargli 60,000 franchi, qual valore avrà cotesto atto se lo avrà firmato Pietro e Giacomo e non Giovanni? Esso sarà nullo e senza alcuna efficacia tanto rispetto a coloro che han firmato, che rispetto all'altro; e ci sembra evidentemente erronea la dottrina contraria di Toullier e di Duranton.

IV. — Toullier (VIII, 135 a 137) scioglie la quistione in modo contraddittorio; ma intende dire che l'atto è valido fra le parti le quali han firmato, salvo il dritto a ciascuna delle parti di sciogliersi fino a che l'altra parte non abbia manifestato di voler mantenere il contratto (1). Duranton, che almeno si esprime chiaramente e senza contraddirsi, insegna pure (t. III, n° 72) essere il contratto abbastanza formato e provato fra coloro che lo hanno sottoscritto, nè accorda a questi ultimi, come mal fece Toullier, la facoltà di sciogliersi dal loro obbligo che potrebbe solo venir meno (ammesso che esista) col comune consenso dei contraenti. — Per lo incontro, Delvincourt (*loc. cit.*) insegna almeno come principio generale, come anche Bonnier (n°376), l'atto di cui è discorso essere nullo per ciò solo che tutte le parti contraenti non lo abbiano sottoscritto.

Non ci par dubbio che cotesta ultima dottrina è la sola vera, mentre erronea è quella di Toullier e di Duranton.

Infatti, quando più persone volevano, per

(1) Toullier infatti avendo positivamente dichiarato nel n° 135 *essere l'atto nullo*, dice nel numero seguente, che quegli a cui è promessa la somma può pretenderne l'adempimento da quello che promette ed ha firmato, tranne che costui prima della domanda non abbia dichiarato di tenersi sciolto dalla promessa; e avendo così contraddetto per una delle parti la proposizione, che l'atto era nullo, la contraddice egualmente per l'altra nel numero 137 con dire, che quello dei condebitori, il quale ha firmato, può anche, se la parte contraria non gli fa notificare ch'essa si tiene per liberata, costringerla allo adempimento, purchè le si profferisca pronto ad adempiere per intero la obbligazione correlativa. Così i due numeri 136 e 137 rovesciano ciascuno per metà ciò che egli avea stabilito nel n° 135.

es., fare una compra in comune obbligandosi congiuntamente e in solido a pagarne il prezzo, ed una o talune soltanto di esse abbiano sottoscritto la progettata convenzione, come anche il venditore; dall'una e dall'altra parte si consentiva con la condizione che le altre parti si fossero pure obbligate, e quindi, mancando la firma di queste, la convenzione è rimasta sempre un progetto. Senza fallo, qualche cosa si è fatta, ma con condizione, e questa non recandosi in effetto, tutto rimane nel nulla; non vi è stata mai vendita. Indarno Toullier e Duranton dicono non potere il venditore ricusarsi di adempiere alla obbligazione, ove ne facciano domanda i compratori che abbiano sottoscritto, non avendo egli alcun interesse a ciò, da che i due o tre i quali han firmato, gli pagano la somma che gli sarebbe stata data dai cinque che avean progettato l'acquisto. È strano l'argomento, e sorprende che sia messo innanzi da giureconsulti. Per potersi ricusare ad eseguire una convenzione che *non esiste*, da quando si avrà interesse perchè la non esista? Ho consentito a vendere il mio podere per 60,000 franchi a cinque individui designati. Tre hanno accettato, due negato. Con qual dritto i tre mi costringeranno a rilasciar loro l'immobile per il medesimo prezzo od anche per uno maggiore? Io ho proposto un negozio, non si è accettato tal quale, dunque a nulla son tenuto; e rilasciando il mio podere per il medesimo prezzo ai tre che han sottoscritto, intendo fare un novello contratto.

L'errore di Toullier e di Duranton è anche più strano per quanto riguarda i compratori, perchè, a prescindere che la quistione non è *d'interesse*, ma di *volontà*, e che dal volere comprare in cinque, non si può inferire che si voglia anche comprare in tre, è evidente che spesso si avrà riguardo e all'interesse e alla volontà, dacchè l'acquisto dell'immobile potrà essere vantaggioso fatto dai cinque individui e invece disvantaggioso restando a carico dei tre che han sottoscritto. Per altro non entra nella discussione la quistione dello interesse; l'atto che non è firmato da tutti quelli che dovevano obbligarsi, fa prova di un progetto, non di una convenzione recata in effetto.

Ciò è stato riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte suprema. Una decisione di rigetto dei 27 marzo 1812, profferita conforme alle conclusioni di Merlin, bandisce: «un atto nullo, come autentico, non aver potuto egualmente valere come scrittura privata, non essendo firmato da tutte le parti contraenti, e la *mancanza di obbligazione* di una di esse impedire che si perfezioni il contratto».

Un'altra decisione assai più recente (26 luglio 1832) confermandone una della Corte di Metz, dichiara che quelli dei cinque compratori che avevano sottoscritto « obbligandosi in solido, han voluto comprare ognuno per un quinto del prezzo, col diritto di rivolgersi ognuno contro gli altri; che la Corte di appello ha giustamente applicato le regole del dritto, non sostituendo *una convenzione ad un' altra*, nè costringendo coloro che han sottoscritto ad adempiere un contratto *diverso da quello che avevano voluto* fare; che stante il rifiuto di due dei cinque compratori di firmare il contratto, essendo *venuto meno* tanto pei *venditori* che pei *compratori che han sottoscritto*, il contratto *quale intendevano* tutte le parti, *non vi era più vendita* e diveniva necessario un *novello accordo* ». Fa meraviglia che Duranton, anche nella sua edizione accresciuta della analisi della giurisprudenza, non parla di tali decisioni che così apertamente contraddicono alla dottrina da lui professata (1).

Da ultimo faremo una osservazione di cui l'oggetto facilmente comprendesi, ed è, che la decisione da noi data non si applicherà soltanto all'atto autentico irrego-

(1) Dev., 32, I, 492; J. P., t. XXIV, p. 1333. La seconda delle quali decisioni, a cui noi torneremo più innanzi (art. 1347 (1301)), decide pure, e con molta ragione, che l'atto, di cui è discorso, non sarebbe nemmeno un principio di pruova per iscritto.

lare, di cui trattiamo, ma si estenderà a tutti gli atti, qualunque essi siano, autentici o sotto firma privata. Così l'atto notarile o l'atto privato fatto in doppio, che soltanto non sarebbe firmato da tutti i coobbligati, sarebbe per ciò solo senza alcun valore, dacchè, come abbiam veduto, esso prova un progetto, non una convenzione stabilita, un negozio conchiuso.

Ma se la parte che non ha firmato, confessasse, la firma che non ha potuto o voluto dare essere solo necessaria per la prova del contratto e non mai per la sua formazione; la convenzione essere stata debitamente conchiusa prima che si facesse l'atto e indipendentemente da esso, e le parti tenersi già per obbligate, in tal caso non importerebbe la mancanza della firma; la convenzione sarebbe allora pienamente efficace poichè *sarebbe formata*, fatta astrazione della scrittura, e *provata* dalla confessione delle parti.

V.—Vedremo ora quali sono propriamente gli atti che non ostante la loro nullità come autentici avranno con la indicata condizione il medesimo valore di una scrittura privata fatta regolarmente. Secondo il nostro articolo son quelli che difettano per incompetenza, incapacità o mancanza di forma; ma cotesta regola ha bisogno di svolgimento, essendovi atti che ella abbraccia mentre sembra escluderli, ed altri a cui non deve applicarsi, sebbene nei suoi termini par che si comprendano.

E primieramente, vi si comprendono alcuni casi che ne sembrano esclusi. Così, sebbene la deposizione o lo scambio di un notaro non siano semplicemente casi di incompetenza o di incapacità, poichè il pubblico ufficiale deposto o che si licenzia da uno ufficio, non è più pubblico ufficiale diventando assolutamente un privato, pure l'atto ricevuto da chi fu notaro, e che le parti ignorano di essere deposto o licenziato dall'ufficio, doveva certamente rientrare nella nostra regola e vi si trova difatti posto. L'art. 68 della legge di ventoso che porge la medesima disposizione del nostro, rimanda all'articolo 52, il quale pareggia alla semplice sospensione la deposizione o la licenza dall'ufficio. Di certo non basterebbe essere stato in qualunque tempo notaro; perchè alcuno possa fare atti che abbiano forza di atti privati, senza seguirne le regole, bisogna che l'atto abbia l'apparenza di autentico, che le parti abbiano potuto e dovuto credere che quello, cui si dirigevano, era pur notaro; e quindi se l'atto fosse stato ricevuto poco dopo la deposizione o la sostituzione, e quando colui che fu notaro esercitava ancora il suo antico ufficio, sebbene indebitamente, le parti avrebbero sempre il beneficio del nostro articolo.

Viceversa, sebbene incompetente sarebbe un notaro per un atto che doveva farsi da questo o quell'altro pubblico ufficiale; pure gli atti da lui fatti non varrebbero nè come scritture private, nè come atti autentici.

Non s'intende parlare dell'atto che nessun notaro poteva ricevere, ma di quelli che dovevano esser regolarmente fatti presso un notaro che non è quello che li ha ricevuto. Ciò indica l'art. 68 della legge di ventoso rimandandoci all'articolo che prevede il caso di un notaro esercente l'ufficio fuori distretto. Similmente, sebbene *difetto di forma* sia la mancanza della firma del notaro, e nei termini generali del nostro articolo come nell'art. 68 della legge di ventoso che rimanda all'articolo 14, sembra che si comprenda, è certo, che ove manchi la firma, non si potrebbero applicare cotesti articoli. La scrittura non firmata dal notaro non è nè realmente nè *apparentemente* autentica; nè può quindi valere come atto privato, se non quando sia tale ed offra le speciali condizioni richieste per questa terza classe di atti. Così fu deciso da una decisione di Parigi già citata nel numero II dei 14 agosto 1815, e da un'altra della medesima Corte dei 17 dicembre 1829.

Per quanto riguarda la parentela o la affinità fra il notaro e le parti o i testimoni o fra i due notari, la mancanza di minuta, o l'assenza in alcuni casi del notaro secondario, o dei due testimoni che debbono sostituirlo (e la mancanza per al-

tri atti della *comedia legale*, che consiste, come abbiam veduto nel n. III dell'articolo 1117 (1071), nel menzionare e far firmare come presenti un notaro o dei testimoni mentre nol sono), la irregolarità dell'amministrazione della carica del notaro, ec. tutti questi sono casi d'incapacità o di mancanza di forme che dovrebbero naturalmente rientrare nella regola del nostro articolo, quand'anche l'artic. 68 non dimostrasse questa verità col rimandarci agli art. 8, 9, 10, 20, 64, ec.

L'espressione di Toullier è inesatta e troppo ristretta quando dice e ripete ad ogni passo, specialmente nei nn. 134, 140, 141 (tom. VIII), che la legge, purchè le parti abbiano firmato, dà valore di atto privato allo autentico che è *nullo per mancanza di forma*. Nè la regola si applica solo alla mancanza di forma; il nostro articolo stesso parla e dell'incompetenza e della incapacità dell'uffiziale, non che del difetto di forma. È tanto più grave in Toullier questo vizio di espressione, quanto egli nelle quindici pagine che scrive intorno a tal regola (nn. 134-142), non spiega in alcuna parte a quali atti si applichi, restringendosi a ripetere sempre che si tratti dell'atto *nullo per mancanza di forma*. L'espressione assai molto ristretta da una parte, diventa troppo larga dall'altra, poichè comprenderebbe pure i casi in cui manca la firma del notaro.

VI.—Porrem termine alla spiegazione di questo articolo con due semplicissime osservazioni: l'una è, che l'atto nullo come autentico, non potrebbe mai aver quel valore che gli dà il nostro articolo, e resterà come non avvenuto, se rigorosamente è richiesto dover essere autentico come una donazione fra vivi.—L'altra è, che quando la scrittura offrirà le condizioni volute per le scritture private, varrà certamente come tale per quanto molti e gravi possano essere i vizi che egli avrebbe come autentico. Così, se l'atto non fosse firmato dal notaro, od anche fosse stato steso da un individuo estraneo del tutto al notariato, sarebbe pienamente valido come atto privato per il solo fatto della firma, se la legge in tal caso si contenta della sola firma; ovvero, se essendo soggetto alla necessità del doppio (art. 1325 (1279)), il notaro o il preteso notaro avesse steso due originali sottoscritti dalle parti, ovvero, ove fosse bisogno (art. 1326 (1280)) si fosse compita la formalità del buono o dell'approvato. In tal caso sarebbe non più un atto autentico vizioso; che varrebbe come scrittura privata, ma nè più nè meno una scrittura privata, e saremmo già fuori del nostro articolo. Notiamo qui un'ultima idea perchè Toullier vi ha troppo immorato (nn. 133, 141 e 142), appiccicandola alla spiegazione del nostro articolo, benchè vi fosse del tutto estranea; ed è, che quand'anche l'atto fosse nullo e come pubblico, e come scrittura privata, da ciò non sorgerebbe affatto la nullità della convenzione che esso dovesse provare, se la si fosse realmente formata e stabilita per altro modo; p. e. per la confessione delle parti. Qualora la scrittura non si richiede per la formazione stessa del contratto (articolo 1107 (1061) *in fine*, 1108 (1052), n. X, in fine), ma solo per la pruova, il vizio o la inesistenza della scrittura diventano di nessun momento quando la convenzione è altrimenti provata. Altro è la quistione di formazione o di validità della convenzione, che da noi è stata dianzi trattata, altro la quistione di *pruova* che forma l'oggetto del nostro capitolo VI.

Si badi del resto, che per lo più le parti, fatta astrazione di qualunque esigenza della legge, intendono solo legarsi colla firma stessa della scrittura, e tengono che essa costituisca la conclusione del negozio e insieme la sua pruova.

1319 (1273).—L'atto autentico fa piena fede della convenzione che racchiude, fra le parti contraenti e loro eredi, o coloro che han causa da esse.

Ciò non ostante, nel caso che l'atto venga impugnato direttamente colla querela di falso, se ne sospenderà l'esecuzione, appena ammessa l'accusa: nel caso poi che

si proponga la falsità per incidente, i tribunali potranno, secondo le circostanze, sospendere provvisionalmente l'esecuzione dell'atto.*

SOMMARIO

I. L'atto autentico fa piena prova fino a che si iscrivano in falso le convenzioni ed anche i fatti che comprovano, purchè siano cose che il notaro attesti propriis sensibus, *e che egli deve raccertare.*

II. L'atto fa piena fede assolutamente in rispetto tanto ai terzi, che alle parti. Censura di Pothier e del Codice che male si esprime.

III. La esecuzione ne rimane sospesa per la iscrizione in falso. Osservazioni.

I.—L'atto autentico fa piena fede cioè stabilisce la pruova completa dei fatti e delle convenzioni che riferisce, e che l'ufficiale compilatore deve comprovare, per forma che non potrebbe nè respingersi con una semplice negazione, e neppure provarsi falso cogli ordinari spedienti.

La falsità potrebbe senza dubbio provarsi; poichè potendo un uficiale ribellarsi ai suoi doveri, la legge non poteva privare i cittadini del mezzo onde provarlo infedele: mà la prova deve farsi col mezzo tanto difficile della iscrizione in falso (Cod. di proc. art. 214, 251 (309, 346)).

L'atto autentico fa piena fede, intera prova dei *fatti*, e delle convenzioni fino a che esso sia distrutto mercè la iscrizione in falso. In fatti, esso non solo prova le convenzioni, secondo dice il nostro articolo, *quod conventum est*, ma tutto ciò che è avvenuto innanzi il notaro, *quod actum est*; e quindi una numerazione di specie, o le dichiarazioni di volontà che costituiscono un testamento, benchè non offrano convenzione, saranno provate dall'atto come lo sarebbe un contratto. L'articolo 1 della legge di ventoso è più completo ed esatto del nostro, parlando di atti e contratti che le parti abbiano voluto fare in forma autentica.

Ma l'atto prova in tal modo le cose che il pubblico ufficiale abbia potuto raccertare.

* Massime della C. S. di Napoli.

L'accusa di falso non sospende l'esecuzione dell'atto, sino a che non sia stata ammessa, ancorchè siasi spedito mandato di arresto. 3 gennaro 1822.

— L'atto autentico fa piena fede anche per la data, sebbene non siasi registrato a tempo, o il registro siasi falsificato. 9 marzo 1824.

— La querela di falso principale sospende il giudizio, tranne quando si creda che il documento non influisca. 20 sett. 1825.

— La querela di falso civile è ammissibile anche contro il titolo autentico. 16 febbraro 1830.

— Dopo rigettato il falso, non può parlarsi di dolo e simulazione. 7 gennaro 1832.

— Nel falso va compresa la rasura ed ogni altro vizio del documento. 23 febbraro 1832.

— Sino a che la querela di falso non venga rigettata, l'attore non può trar profitto dal documento impugnato. 16 aprile 1833.

— Se alcuno abbia con diversi atti riconosciuta l'esistenza del credito, se abbia confermato e volontariamente eseguito l'istrumento da cui il credito medesimo deriva, querelarlo di falso incidente civile non è che voler dilazionare il pagamento. Quindi, in questo caso, possono i giudici del merito respingere la querela, come quella che non sarebbe allo stato produttiva di nessun effetto. 8 agosto 1846.

— Ammessa la iscrizione in falso incidente civile per distruggere la fede dovuta ad atti autentici, non possono i giudici, senza pronunziare sul falso, dichiarar nulli gli atti medesimi, valendosi delle pruove raccolte per la falsità. 18 ag. 1846.

— La condanna disciplinare contro un usciere per non aver consegnato un atto del suo ministero, non toglie fede all'atto medesimo, quando manca la querela di falso. 14 agosto 1849.

— Non può sospendersi la esecuzione di una transazione passata in istrumento, che col giudizio di falso a' termini dell' art. 1273 ll. cc. 6 aprile 1850.

— Il sospendere o no la esecuzione di un atto autentico (nella specie era una fede di credito) contra il quale si è proposta querela di falso incidente civile, è nella facoltà del giudice di merito: quindi l' adattare l' una o l' altra di queste provvidenze, è al coverto di ogni censura. 11 gennaro 1850.

— La semplice minaccia di falso di un certificato decurionale, non ne paralizza l' efficacia. 20 aprile 1852.

— Dichiarato vero un documento in giudizio penale, quantunque con deliberazione emessa in Camera di consiglio, non vi è luogo a discutere sulla falsità dello stesso in linea civile. 7 agosto 1852.

Primamente fa d'uopo che il notaro abbia potuto raccertarle, cioè che le cose siano avvenute innanzi a lui, ed egli l'abbia veduto o inteso, e che le attesti per averne avuto certezza *propriis sensibus*. Se dunque si volesse contraddire l'atto in quanto che dichiara che il tale era maggiore, non dovrebbe iscriversi in falso, poichè non si impugna la veracità del notaro; si pretende solo che sia falsa la dichiarazione di maggiore età che si riconosce essergli stata realmente fatta. Del pari, se si pretende che le convenzioni comprovate dall'atto siano fraudolenti o simulate, non si impugna nemmeno la veracità del pubblico ufficiale, attaccandosi solo la sincerità e lealtà delle convenzioni, che si riconosce altronde essersi fatte innanzi il pubblico uffiziale. È questo un punto consecrato da moltissime decisioni delle Corti di appello e della Corte Suprema (1).

Oltre a ciò fa mestieri che l'oggetto che si è comprovato, lo debba essere stato dal pubblico ufficiale. Dunque non si dovrebbe fare iscrizione in falso, a fin di provare il disordine delle facoltà intellettuali nel punto che si faceva l'atto, del testatore o del donante che il notaro avrebbe dichiarato sano di mente, avvegnachè il notaro non dovesse comprovare in modo autentico lo stato della salute delle persone (Toullier, n° 145, nota; Bonnier, numero 391).

II. — L'atto autentico assolutamente e rispetto a tutti, prova fino alla iscrizione in falso *id quod conventum aut actum est*, e male il nostro articolo, avendo detto che l'atto fa piena fede, soggiunge « fra le parti, loro eredi o aventi-causa ». Per quanto riguarda la fede dovuta all'atto, non bisogna tener ragione di tali parole, non inserite nell'art. 19 della legge di ventoso che il nostro ha voluto riprodurre (Fenet, XIII, p. 114). Pothier, da cui i nostri compilatori le ebbero copiato, le avea detto per aver male interpetrato un passo di Dumoulin cadendo in una confusione contro cui quello avea levato alta la voce.

Pothier diceva (art. 3, § 3, § 1 e § 4, § 1) e parecchi commentatori del Codice han ripetuto dopo lui, a fin di giustificare il modo onde è compilato il nostro articolo, che riguardo ai terzi l'atto fa *fede* ma non *piena fede*; che per essi pruova soltanto *rem ipsam*, cioè l'oggetto principale e diretto della scrittura, le *disposizioni* dell'atto, mentre per le parti, loro eredi o aventi-causa esso pruova eziandio le semplici dichiarazioni incidenti, le semplici *enunciazioni*, purchè siano in rapporto diretto con le disposizioni. Or tutto questo essendo puramente immaginario, dobbiam dire con Toullier (VIII. 148) e Bonnier (n. 392) che rispetto alla *pruova* delle convenzioni non vi ha differenza fra le parti e loro aventi-causa e i terzi, fra le disposizioni, e le enunciazioni; e che tutti i passi dell'atto autentico, tutti i raccertamenti del pubblico ufficiale, siano dispositivi o enunciativi, fan piena ed intera fede rispetto a tutti senza che alcuno possa mai contraddirne uno in altro modo che con la iscrizione in falso. I terzi non meno che le parti non possono smentire l'ufficiale in cui la legge ha riposto la sua confidenza; ed assolutamente riguardo a tutti egli si reputa aver detto il vero fino a quando non si è dimostrato falsario coi mezzi autorizzati dalla legge.

Ma se uguale è per tutti la veracità del pubblico ufficiale e quindi la *fede* dovuta agli atti, non è del pari il medesimo l'effetto che tali atti dovevano generare, cioè i dritti e le obbligazioni che faran sorgere il fatto o la convenzione comprovati; e quanto all'effetto son vere la regola del primo paragrafo del nostro articolo e quella del seguente. I quali in somma han voluto parlare non della fede, nè della credenza che si deve accordare all'atto, ma del suo

(1) Vedi specialmente le decisioni di rigetto del 31 luglio 1833, 4 febbraro 1836, 2 marzo 1837, 9 maggio 1839 (Dev., 33, I, 840; 36, I, 839; 37, I, 985; 39, I, 483). — J. P., t. XXV, p. 746; 1837, t. II, p. 89; 1839, t. II, p. 258. — Per medesimezza di ragione si ammette potersi provare per testimoni, senza iscriversi in falso, che le stipulazioni contenute in un atto autentico siano incerte. Rig., 23 dic. 1853 (J. P., 1855, t. I, p. 280).

effetto cioè dei dritti e delle obbligazioni che esso verrà generando. Per quanto riguarda lo *effetto* dell' atto, cui solo mirarono i compilatori, sebbene accennino il contrario, le regole dei nostri due articoli diventano perfettamente esatte; per lo incontro sarebbero insieme falsissime e contrarie tanto alla mente del legislatore che alla ragione, se si volessero intendere della *fede* dovuta all' atto, che secondo i casi sarebbe più o meno piena. Adunque il vizio è nel modo, e proviene dal confondere la fede dovuta all'atto e lo effetto che gli si deve dare, il qual vizio trovasi anche in Pothier.

Svolgiamo alcun poco coteste idee.

Primamente le regole dei nostri articoli 1319, 1320 (1272, 1273) inammessibili, se s'intendano della fede dovuta agli atti, diventano semplicissime e razionali quanto all'effetto che l'atto deve produrre. — Difatti, se un atto notarile deve far fede e meritar credenza tanto rispetto ai terzi, che rispetto alle parti o loro rappresentanti, è ben semplice che le convenzioni o atti qualunque in quel modo fatti, abbiano il loro effetto fra le parti o loro rappresentanti; il che sarebbe l'applicazione dell'artic. 1168 (1118) e di quella regola di dritto e di ragione, *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*. Similmente vedremo che le regole del seguente articolo, senza scopo, se s'intendono della fede dovuta all'atto, diventano giustissime spiegandosi sotto il medesimo aspetto, e quanto agli effetti dell'atto.

Secondariamente, questo pensiero in sostanza vollero esprimere con quel modo improprio i compilatori sulle orme di Pothier. E che sia vera la proposizione sembra uscire dal testo medesimo del nostro articolo. Infatti la seconda parte che, incominciando dalla congiunzione *ciò non ostante*, indica una eccezione alla regola posta; dice che in questo o in quel caso la esecuzione dell'atto sarà sospesa; ma se è così, la precedente regola nella mente dei compilatori prescrive lo *effetto* dell'atto. Ravvicinando i tre articoli 1319, 1320 e 1321 (1273, 1274, 1275) si prova anche meglio la idea; nei due primi i compilatori, benchè parlino della fede dovuta all'atto, accennano all'effetto che esso deve produrre, tanto che avendo trattato dell'effetto degli atti si occupano nell'ultimo articolo, ed ora esplicitamente, dell'effetto delle controscritture per cui si modificherebbero le disposizioni.

Infine la confusione commessa qui da Pothier (indi dai nostri compilatori) e che egli credeva di riprodurre dalla dottrina di Dumoulin, era stata anzi censurata da quest' ultimo con la maggiore energia. La breve analisi che noi faremo per provare tal fatto, sarà la più fulgida dimostrazione delle regole di dritto intorno a tal punto.

Pothier, il quale primo immaginò (*ubi sup.*) che l'atto prova il suo contenuto rispetto alle parti, e soltanto *rem ipsam* rispetto ai terzi, stima aver cavato tal dottrina dal paragrafo 8 del commentario di Dumoulin intorno alla Consuetudine di Parigi, nn. 8 e 10. (tit. 1, *Dei Feudi*). Or Dumoulin nel passo indicato spiega appunto il contrario con grande insistenza, notando la confusione in cui erano incorsi i *dottori* e da cui Pothier non seppe schermirsi. Egli dice nel suo sommario, *Instrumenta publica probant contra omnes*; e Pothier, che forse non andò più in là dal sommario, non lo ebbe ben compreso: dappoichè invece d'intenderlo in un senso assoluto e vero: « Gli atti pubblici provano rispetto a tutti *ciò che è avvenuto* innanzi il notaro, *rem gestam*, tutto ciò che il notaro dichiara » lo prese in un senso restrittivo: « Gli atti provano soltanto contro tutti *rem gestam*, REM IPSAM, il fatto principale della convenzione, mentre fan fede fra le parti di tutto ciò che elle racchiudono ». Vedremo quanto il profondo commentatore della Consuetudine di Parigi sia lontano dallo ammettere la distinzione che gli vien fatta fare da Pothier.

Dumoulin dichiara primieramente non doversi confondere la forza probante dell'atto con la forza efficiente, ciò che riguarda la *prova* con ciò che riguarda gli *effetti* e il fondo del dritto, *la fede*, la credenza dovuta alle dichiarazioni dell'atto

coi *dritti* che l' atto genera in pro o contro le persone. Innanzi di rispondere alla quistione intorno al valore dell'atto autentico regolare, egli osserva che la quistione può farsi o quanto alla prova o quanto agli effetti e ai dritti che l'atto deve produrre: « *Aut quaeritur* QUOAD VERITATEM SEU PROBATIONEM *rei gestae... aut quaeritur* QUOAD JUS ET EFFECTUM *actus gesti*; » e avendo così fin dal principio fatta quella distinzione che non fu scorta da Pothier, dichiara e *per tre volte successive*, che per quanto riguarda *la prova*, la forza dell'atto è esattamente e assolutamente vera per tutti, senza potersi fare distinzione fra i terzi e le parti, loro eredi o aventi-causa; « *Quoad veritatem seu probationem*, PLENAM FIDEM FACIT QUOAD OMNES; *nedum inter patronum et clientem* (1) *vel eorum haeredes, vel causam habentes*, *sed etiam* CONTRA QUOSCUMQUE EXTRANEOS; *quoniam acta vel quaecumque scripta publica probant seipsa, id est rei taliter gestae* FIDEM FACIUNT INTER QUOSCUMQUE ».—Esposto così quanto riguarda la fede dovuta all'atto, la sua forza probante, Dumoulin viene agli *effetti* che l'atto dee produrre; e allora fa distinzione secondo vuole la ragione, tra le parti, loro eredi o aventi-causa, e i terzi: « *Quoad jus et effectum actus gesti tunc aut inter quos confectum est, eorum haeredes vel causam habentes aut inter penitus extraneos*; » e dice che quanto ai primi l'atto, che fa prova, ingenera pure dritti o obbligazioni, mentre non potrebbe produrne rispetto ai secondi: « *In primo membro, plene probat* ET PRAEJUDICAT...; *secundo membro, videlicet inter extraneos*, ILLIS NON PRAEJUDICAT, *quia res inter alios acta, non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios* ».—E quasi fosse poco esporre in modo sì chiaro tali evidenti regole; quasi avesse egli presentito che la confusione già sorta innanzi a lui fra la fede dell'atto e il suo effetto, potesse appresso rinnovarsi, e avesse creduto necessario dimostrare con la maggiore energia cotesta falsa idea, il grande scrittore ripete con un'ultima frase, che la forza probante dell'atto è la medesima *riguardo a tutti indistintamente*, essendo l'atto autentico per tutti, e affinchè si fosse guardinghi *contro il linguaggio inesattissimo dei dottori che parlano spesso senza comprendersi*: « Così, egli dice, bisogna spiegare le parole dei dottori nel senso *degli effetti* dell'atto: *Ita exponenda sunt dicta doctorum ubicumque* PERFUNCTORIE ET CRASSE *(ut plerumque solent)* LOQUENDO, *dicunt instrumentum publicum inter extraneos* NON PROBARE; *quia ibi verbum* PROBARE *per catachresim, sive impropric, pro jus efficere, sive praejudicare, accipitur. Coeterum, verè et proprie loquendo, publicum instrumentum* ERGA OMNES EST AEQUÈ PUBLICUM ET PROBANS ».

Come comprendere ora che Pothier abbia veduto una forza probante maggiore rispetto ai terzi, e che anche in oggi giureconsulti di rinomo, e dotti professori invece di correggere il modo vizioso del Codice, insegnino e scrivano, che l'atto rispetto ai terzi prova SOLTANTO *rem ipsam*, e fa *piena fede* rispetto alle parti o loro rappresentanti (Demante, II, 793)? Facciamo dunque di non andare indietro da Dumoulin, di non retrocedere di 300 anni, nè ricadiamo oggi in quel falso e vòto linguaggio che il potente logico del XVI secolo tanto severamente rimproverava ai dottori dei suoi tempi. Quel che l'atto notarile prova fra le parti, è ben ragionevole lo provi rispetto ai terzi, rispetto a tutti, chiunque si sieno; assolutamente e non solo per quelli che vorranno avere confidenza in lui, il notaro è pubblico ufficiale, posto a dar pubblica fede a ciò che avviene innanzi a lui, e a dar fuori proposizioni che abbiano fede fino alla iscrizione in falso. Senza fallo, ove si tratta dell'effetto che debbono produrre cotali proposizioni avute per vere, dei dritti ed obbligazioni che devono ingenerarsi da ciò che si è detto o fatto

(1) Si bisognano qui rendere generali le espressioni di Dumoulin e ciò che dice del *patronos* e dei *clientis* intenderlo di tutte le parti contraenti: il nostro passo, come abbiam detto, è cavato dal titolo *dei feudi*.

innanzi il notaro, *quoad jus, et effectum actus*, o allora bisognerà fare un'accurata distinzione fra le parti e i terzi ; ma rispetto alla fede dovuta a ciò che vien raccertato, rispetto alla verità dei fatti e dei detti riferiti dal pubblico ufficiale , senza uscire dai suoi obblighi , *quoad veritatem seu probationem*, essa è assoluta e senza distinzione di sorta ; ciò che raccerta il notaro fa pruova per tutti, ciò che non fa pruova pei terzi, non ne fa per nissuno.

N. B.—Benchè Toullier ammetta almeno in germe, le idee da noi sviluppate, bisognerà star guardinghi dal prenderlo a guida in tal materia, e leggerlo anzi con precauzione e diffidenza, perchè sembra che abbia intorno a ciò idee poco esatte e cada (almeno quanto alle espressioni che usa) in contraddizioni, fra cui sarebbe spesso difficile, se non impossibile, prendere alcun costrutto. Così egli mostra la sua dottrina come professata altre volte da Dumoulin, e *Pothier*; ora noi abbiam veduto che questi si è stranamente allontanato dalle spiegazioni chiare e logiche di Dumoulin, e si è gettato, per trascinarvi dietro a sè il Codice, in una confusione contro la quale quest' ultimo si era efficacemente opposto. Così pure dopo aver detto che il nostro art. 1319 (1273) è inesattamente compilato, restringendo la fede dovuta all'atto autentico tra le parti e i loro rappresentanti, mentre essa per la convenzione, quanto per gli altri fatti attestati dal notaro si estende evidentemente ai terzi , egli ripete più volte , e specialmente al titolo IX, n. 68 che « questi atti, benchè autentici, *fanno fede* DEI FATTI CHE CONTENGONO, *soltanto tra le parti e loro eredi o aventi-causa*, giusta l' art. 1319 (1273) ».

Le spiegazioni di Duranton, assai meno complete, non sono al certo più esatte, e sarebbe difficile giudicare se la dottrina del dotto professore sia quella di Dumoulin o Pothier.—Egli da una parte dice bene che l'atto fa ugualmente fede rispetto ai terzi, salvo che non produce EFFETTO PER OBBLIGARLI , e questa sembrerebbe la dottrina di Dumoulin ; ma egli aggiunge che questa fede in ciò che riguarda i terzi cade sopra *rem ipsam*, sul fatto *principale*; il che indica una differenza anche quanto alla fede dovuta tra i terzi e le parti , e rientra quindi nell' idea di Pothier (XIII, 81, 98).

III.—Secondo la disposizione del paragrafo 2 del nostro articolo, l'effetto dell'atto autentico può, e qualche volta deve essere sospeso dalla procedura di falso. Se l'atto s'impugna con un'azione criminale diretta contro l' autore del preteso reato di falsità , la sospensione di pieno dritto risulta dalla decisione che pronuncia la sottoposizione all'accusa, e rimanda avanti la Corte (Codice d'istruzione criminale articolo 231)). Al contrario, allorchè l'atto è stato impugnato di falso avanti la giurisdizione civile, i giudici possono sospendere secondo i casi.

Sarebbe fuori di proposito lo sviluppare qui le idee che si rannodano nelle bizzarre espressioni *di falso principale e di falso incidente* , le quali si conservano come tante altre , per una cieca pratica. La è questa materia dei Codici di procedura e di istruzione criminale; ci avanza qui il conoscere, che il falso dicesi principale quando si persegue criminalmente giusta gli art. 145 (287) e seguenti del Codice penale 448 (439) e seg. del Codice d'istruzione criminale; dicesi incidente quando si vuol provare davanti i tribunali civili durante un litigio pendente giusta gli articoli 214 (309) e seguenti del Codice di procedura. Non dobbiamo nemmeno esaminare se il falso potrebbe essere principale, cioè l'oggetto di una *azione principale* tanto presso i tribunali civili che presso i criminali ; diciamo solo che se si persegue principalmente presso i primi, sarebbe anche facoltativa la sospensione della esecuzione, poichè il legislatore non si è in nessun luogo occupato di tal caso , e quindi la sospensione non è stata da lui pronunziata.

Un' ultima osservazione. Ravvicinando i due paragrafi di questo articolo, si potrebbe credere che un atto, purchè autentico,

sia capace sempre di esecuzione forzata (salvo lo effetto della iscrizione in falso) e che la forza esecutiva sia conseguenza diretta dell'essere autentico. Sarebbe un errore; l'atto autentico è esecutivo in quanto è rivestito della formula che porta il comando del sovrano « *Impero francese*; *Napoleone per la grazia di Dio e la volontà del popolo*...Qui segue il tenore dell'intero atto; e poi *Comandiamo ed ordiniamo*, ec.». Questa formalità che si pone al principio e alla fine dell'atto come delle sentenze, dicesi alle volte *il parealis* (obbedite) d'onde le espressioni molte ridicole *di titolo parato*, *esecuzione parata*.—Un atto autentico non suscettivo di esecuzione è il verbale di conciliazione del giudice di pace che secondo l'art. 54 (T) Cod. proc. ha la forza di un atto privato rispetto alla esecuzione.

1320 (1274).—L'atto, sia autentico, sia privato, fa pruova tra le parti, anche di quelle cose le quali non vi sono espresse se non in termini enunciativi; purchè la enunciativa abbia un diretto rapporto colla disposizione. L'enunciative estranee alla disposizione non possono servire se non per un principio di pruova.

SOMMARIO

I. Distinzione tra il dispositivo *e l'* enunciazioni *di un atto*; *queste sono* dirette *o* estranee *a quello.*
II. Il presente non che il precedente articolo comprende nella parola fede *gli effetti che l'atto deve generare. La fede è una sempre e per tutti.*
III. La enunciazione diretta è efficace quanto una disposizione speciale, quella estranea al dispositivo consente solo che si provi per testimoni ciò che non avrebbesi potuto per iscritto. Idem *in una scrittura privata.*
IV. Coteste enunciazioni sono oggidì inefficaci contro i terzi.
V. Tanto le antiche quanto le recenti. Diversi errori di Toullier.

I.—Nel testo di un atto distinguesi la *disposizione* dalla semplice *enunciazione*. Chiamansi disposizioni, o proposizioni dispositive, o dispositivo dell'atto tutto ciò che esprime il vero oggetto di esso, la convenzione che le parti han voluto fare, la condizione in cui si son poste, per forma che nulla potrebbe togliersi al dispositivo senza mutare la convenzione che si volea fare. Al contrario diconsi enunciazioni, o proposizioni enunciative, le semplici indicazioni che al fine dell'atto sono accessorie e superflue, per modo che le si potrebbero togliere senza in nulla modificare la convenzione. Fra le enunciazioni distinguonsi dall'articolo, quelle che hanno una referenza diretta e prossima col dispositivo, e le altre che avendone una lontana, son veramente estranee allo scopo prefisso. Così, per mo' d'esempio, Pietro vien con me da un notaro a stipularmi il titolo della rendita che da più anni mi deve; egli firma al pari di me un atto con cui *riconosce essermi debitore di una rendita di 100 fr. all'anno, di cui son pagati fino al presente i decorsi, e doverla pagare fino ad un tempo determinato.*

Le parole *di cui i decorsi sono pagati fino al presente* sono un'enunciazione, nè appartengono al dispositivo dell'atto, il quale mira a darmi un titolo del mio dritto di rendita, e non a dare a Pietro una quittanza dei decorsi dianzi pagati; ma tale enunciazione ha un rapporto molto diretto ed intimo con le disposizioni. All'incontro, se Pietro, cui vendo la mia casa per 20 mila franchi, dichiara di pagarmi il prezzo quando egli mi pagherà i 10,000 franchi dovutimi, *di cui gl' interessi son pagati fino al presente*, quest'ultima frase è anche una enunciazione; ma nessun rapporto ha col dispositivo dell'atto, poichè in esso si vogliono soltanto stabilire le regole e le condizioni della vendita.

Conosciuta la differenza che corre tra il *dispositivo* di un atto e le sue *enunciazioni* le quali si riferiscono direttamente a quello, o gli sono estranee, passiamo alla spiegazione dello articolo.

II.—Abbiamo veduto colle spiegazioni

date al n. II del precedente articolo, che il nostro, tuttochè dichiari di trattare *della fede* dell'atto, tratta al contrario *degli effetti* che esso può produrre.

La fede dovuta all'atto, di cui l'articolo pare si occupi e non tratta, la credenza a ciò che attesta il notaro, è affatto la stessa tanto per le enunciazioni, che per le disposizioni, tanto pei terzi che per le parti; nissuno, senza iscriversi in falso, può dire che il notaro ha mentito in qualsisia parte dell'atto, o in una enunciazione, o in una disposizione; la credenza che la legge accorda e impone, è necessariamente la medesima per tutto e per tutti: *quoad veritatem seu probationem, plenam fidem facit quoad omnes : publicum instrumentum erga omnes est aeque publicum et probans.*

L'atto, come noi abbiam detto al n. I dell'articolo precedente, farà fede di ciò che il notaro attesta *propriis sensibus* : così *sarà provato*, e sarà legalmente incontrovertibile (in altro modo che colla iscrizione in falso) non che i decorsi, di cui si tratta di sopra, *fossero pagati* (non essendo ciò che il notaro ha attestato) ma solo che *Pietro ha dichiarato* che fossero pagati, salvo ad esaminar poi, come faremo nel n. III, se, e dentro quai limiti, la dichiarazione potrà produrre un effetto, e ingenerare dritti e obbligazioni.

III.—Il *valore* dell' atto è invariabile, è sempre ed assolutamente il medesimo, *quanto* alla fede dovuta a ciò che vi è *raccertato*, ma non così quanto all'*effetto* dell'atto, quanto ai dritti, alle obbligazioni che crea. Or il nostro articolo colla parola inesatta di *fede* intende unicamente parlare dello *effetto*, perchè secondo Dumoulin, le parole, *probare*, *fidem facere*, sono allora usate impropriamente per *jus efficere*, *praejudicare*. Allora e *quoad jus et effectum actus*, siccome si fa distinzione fra le parti e i terzi, così devonsi pur distinguere le disposizioni dall'enunciazioni, ed anche se queste ultime siano dirette od estranee al dispositivo.

Il nostro articolo dichiara con ragione che le semplici enunciazioni producono fra le parti (e fra i rappresentanti di esse, sebbene il testo nol dica) il medesimo effetto delle stesse disposizioni, quando direttamente a quest'ultimo si riferiscono; e che al contrario formano solo un principio di pruova per iscritto fra le parti o loro rappresentanti, quando esse sono estranee alle disposizioni. Così se l' atto steso per costituire a Paolo un titolo della rendita dovutagli da Pietro, fa per incidenza menzione che tutti i decorsi della rendita sono stati soddisfatti, questa semplice *enunciazione* metterà anche le parti nello stesso stato rispettivo, come se esistesse intorno a ciò una *disposizione*, cioè una formale quittanza di Paolo a Pietro per tutti i decorsi. Difatti, se Paolo intervenendo nell'atto con cui Pietro riconosce la rendita, non fosse stato pagato dei decorsi, egli non avrebbe lasciato inserirvi siffatta enunciazione, a cui, perchè troppo intimamente riferivasi all' oggetto principale della scrittura, egli aveva dovuto por mente.

Per l'opposito, se nell'atto di vendita di una casa si fosse incidentemente detto, che il compratore ha pagato gl'interessi di un debito, può bene avvenire che questo membro della frase, che non era in alcun modo relativo all'oggetto del contratto, sia stato inavvertito dal venditore fra le altre molte clausole; e la legge quindi non poteva renderlo così efficace quanto una speciale disposizione, quanto una formale quittanza. Ma siccome questa enunciazione, rende se non certo come la precedente, almeno verisimile il consenso del creditore, non mancherà di effetto; sarà fra le parti un principio di pruova per iscritto, cioè che il debitore o il suo rappresentante potrà provare contro il creditore o suoi aventi-causa la sua liberazione per semplice testimonianza (art. 1347 (1301)) mentre in principio avrebbe potuto ciò far solo per iscritto (art. 1341 (1295)).

Del resto, poichè qui trattiamo dei rapporti delle parti fra loro o dei loro rappresentanti, non dei terzi, e che rispetto alle prime una scrittura privata ha necessariamente il medesimo effetto dell'atto autentico (art. 1322 (1276)), il già detto per

le enunciazioni contenute in un atto notarile si applica similmente a quelle sotto firma privata: siccome è formalmente dichiarato dal nostro articolo.

IV. — Così le enunciazioni ora hanno lo stesso effetto di una disposizione, ed ora facultano la pruova testimoniale quando non sarebbe in principio permessa; ma ciò solo fra le parti o loro rappresentanti, rimanendo sempre senza effetto a riguardo dei terzi. Se dunque nell'atto di vendita di una casa che voi vendete da canto al mio giardino, si è detto che la casa gode di un dritto di veduta su quello, cotal menzione non avrà alcun effetto contro di me nè potrà essermi opposta perchè non emana da me, ed io son del tutto estraneo all'atto in cui fu inserita. Senza fallo, questa parte dell'atto notarile, non meno che il resto, farà la medesima fede tanto per me che per il vostro venditore; per me, come per quello la dichiarazione del dritto di veduta è stata fatta realmente da lui; ma mentre la enunciazione obbliga il vostro venditore (per modo che la servitù si eserciterebbe se fosse possibile, cioè se fosse vostro il giardino su cui si è detto di goderla, e voi potreste domandare i danni ed interessi, od anche la risoluzione del contratto ove non potesse aver luogo) sarà invece del tutto inefficace verso di me che sono un terzo.

Una enunciazione qual che si sia, oggi non avrà dunque alcun effetto contro i terzi. Non era così prima. Secondo Pothier ci dice (cap. 2, art. 4 *in fine*) le antiche ordinanze in quanto proibivano la pruova testimoniale pei casi in cui non vi sarebbe un principio di pruova per iscritto, erano state tenute come contrarie al dritto comune; che quindi la giurisprudenza e gli scrittori avean cercato di restringerne per quanto fosse possibile l'applicazione; e perciò si vedeva un principio di pruova per iscritto in qualunque clausola che rendesse verosimile il fatto allegato, quand' anche essa non emanasse nè da colui a cui si oppone nè dal suo autore. Pothier, tuttochè combatta cotesta opinione, cita secondo Vrevin una decisione che aveva in quel modo deciso; ed anche oggi è stato giudicato dalle Corti di appello e dalla Corte Suprema, che pei casi anteriori al Codice Napoleone il principio di pruova per iscritto per ciò che non era definito altra volta da alcuna legge, esiste tanto nell'atto emanato da un terzo, che in quello in cui il convenuto era parte (1). Adunque fino a che fu promulgato l'art. 1347 (1301) del Codice Napoleone, le enunciazioni di un atto dirette o indirette riguardo al dispositivo, generavano contro i terzi l'effetto che le indirette producono anche fra le parti, cioè autorizzavano contro i terzi la pruova testimoniale per tutto ciò che si allegava, e che in principio avrebbe potuto provarsi solo per iscritto.

Ogni enunciazione essendo prima del Codice un principio di pruova contro i terzi quanto al fondo stesso del dritto, *quoad jus effectum*, parve naturale, poichè un atto antico dev'essere meno sospetto e più efficace, il dire che le enunciazioni contenute in uno antico titolo dovessero avere il medesimo effetto della stessa disposizione contro un terzo: *in antiquis*, dice Dumoulin, *verba enunciativa plene probant*: *et in praejudicium tertii... etiamsi essent incidenter et propter aliud prolata*.

V. — Oggi questa regola non vale più; e la contraria opinione di Toullier (VIII, 164, 166) e di Dalloz (sez. 1, art. 1, § 4, n. II) è un errore che si confuta col principio stesso su cui si fonda. Toullier infatti a cui ne rimanda Dalloz, prende le mosse da una idea esattissima di Dumoulin di cui ei medesimo dà la traduzione, e il testo: « L'antichità può supplire (delle volte) alla prova che già sino a un certo punto esiste, ma non crea una pruova che non esiste affatto: *non potest antiquitas inducere in totam probationem quae nulla est*, *sed eam demum* quae aliqua est adjuvare ». Ed aggiunge che « per una

(1) Rig., d'una decisione di Nimes, 8 maggio 1811; Rig., 17 novembre 1819; Poitiers, 24 dicembre 1828; Rig., d'una decisione di Metz, 1831 (Dev., 1831, I, 404 e II, 87).

conseguenza necessaria di tale effetto l'antichità dà la consistenza d'una pruova alle semplici enunciazioni anche contro i terzi ». E pure egli medesimo riconosce (IX, 66, 67) che le enunciazioni che erano un tempo principio di pruova contra i terzi non hanno oggi alcun effetto, perocchè l' art. 1347 (1301) dichiara potere a ciò valere la scrittura « che emana da colui contro cui si fa la domanda, o da colui che egli rappresenta ».

Dalle due premesse si può inferire una più falsa conclusione? « L'antichità può mutare in pruova piena il principio di pruova, ma non potrebbe crear la pruova che non esiste; or le enunciazioni erano un tempo, ma non più oggi un principio di pruova contro i terzi; dunque la regola che le enunciazioni fan piena pruova contro i terzi quando sono antiche (plene *probant et praejudicant*) esiste oggi come prima! » Un cotal sillogismo non ha bisogno di confutazione ; ben chiaramente si scorge che le premesse menano di forza alla contraria conclusione.

Del resto Toullier subito è costretto a riconoscere (n° 165) che la sua pretesa regola non può applicarsi più per li dritti reali, per le servitù per cui essa per lo più si applicava ; ma dice che conserva il suo valore per quanto riguarda lo stato delle persone (n° 166). A confutare il suo sistema basterebbe cotesta distinzione di arbitrio.

Adunque le enunciazioni invecchiando non acquisteranno efficacia veruna contro i terzi, per questa, fra le altre cagioni, che ciò che è nullo e come non avvenuto *ab initio*, resta sempre tale. Ma bisogna andare in là, e sebbene rispetto alle parti le enunciazioni estranee al dispositivo sono anche oggi un principio di pruova per iscritto, pure esse per quanto antiche non varranno mai come una disposizione anche per le parti. Se il legislatore avesse voluto dare alle antiche un effetto diverso da quello dato alle nuove enunciazioni, avrebbe certamente detto, come fa per le copie nell'art. 1335 (1289), dopo qual tempo la enunciazione si terrebbe per antica, facendo così cessare i dispareri dei nostri antichi scrittori che volevano, questi trent' anni, quelli quaranta, alcuni cinquanta, altri settanta, ed altri infine cento (Toullier, n° 167); quando la legge ha dettato una regola assoluta per tutte le enunciazioni, non è più lecito distinguere.

Del resto Bonnier ha respinto come noi la erronea dottrina di Toullier (n° 394); Duranton dice soltanto, che le enunciazioni antiche non potrebbero più avere effetto quanto alle servitù (XIII, 98), come pure riconosce Toullier; ma non tratta se la regola *in antiquis* sussista anche in principio, secondo quest' ultimo mal pretende.

Il dotto professore di Rennes trattò insieme col precedente un altro punto di cui nemmeno parla Duranton, e intorno a cui egli è incorso anche in uno anzi in due errori notati da Bonnier. Un tempo dicevasi che negli atti antichi le formalità richieste si presumevano compiute fino alla pruova del contrario: *in antiquis omnia preasumuntur solemniter acta*. Questa antica massima che Pothier neppure ricordò, era una frase vuota di senso; perchè delle due cose l'una: o la nullità per difetto di forma esce dall'atto stesso (ad esempio, se non si è fatta una menzione richiesta a pena di nullità), e allora non può presumersi compiuta la formalità, essendo aperto che non lo sia: dippiù era inteso che la massima non era per questo caso; o non vi era alcun difetto di forma, e allora la massima diceva, che *essendo l'atto antico* deve presumersi regolare ed efficace fino a che non sarà provato irregolare; ma non è assolutamente lo stesso *quando l'atto è nuovo?* Se un atto è steso la settimana già corsa, ed io pretendo esser nullo per qualche vizio di forma che non si scorge, non debbo io giustificare ciò che allego? È dunque indipendente dall'antichità dell' atto la regola di dritto e di ragione, che la nullità non si presume, che colui che allega una violazione della legge deve provarla, e che l'atto deve tenersi come regolare fino a tanto che si provi di non esserlo.

Toullier (n° 163) prende sul serio questo preteso privilegio dell'antichità dell'atto; e porge come tuttavia esistente in principio, sotto il Codice di Napoleone, la ridicola massima posta in non cale da Pothier; ed aggiungendo un grave errore, dice tal principio non applicarsi dacchè l'azione di nullità si prescrive oggi in dieci anni e prima che l'atto divenga antico, come se la prescrizione decennale si riferisca a questo caso! L'art. 1304 (1278) tratta della nullità o meglio dell'annullamento *delle convenzioni* per vizi del consenso (errore, violenza, dolo, incapacità) e non della nullità delle *scritture* e degli *istrumenta*.

1321 (1275). — Le controscritture non possono avere effetto se non fra le parti contraenti, e non contra terze persone.*

SOMMARIO

I. Significato della parola controscrittura *nel nostro articolo.*
II. La controscrittura non nuoce ai terzi. Terzo *qui vale avente-causa delle parti a titolo particolare. La finzione comprovata dall'atto ostensibile la vince per essi sul vero di cui fa prova l'atto segreto.*
III. Con più ragione dee vincerla sul vero, che sarebbe provato dalle circostanze di fatto e dalla corrispondenza delle parti. Censura di una recente decisione della Corte di cassazione.
IV. Ma la controscrittura è efficace in vantaggio dei terzi.
V. Il nostro articolo toglie via l'articolo 40 della legge del 22 frimaio anno VII.

I. — In generale dicesi *controscrittura* (scrittura fatta contro un'altra) qualunque atto che ne modifica un altro. In questo largo significato è usata la parola dagli articoli 1396, 1397 (1350, 1351). Ma qui la parola controscrittura ha un senso più stretto, e significa un atto che fatto a rimaner *segreto* modifica le disposizioni di un atto *ostensibile*, per forma che le parti si mettono in due condizioni, una vera, ma che sarà nota soltanto a loro, l'altra falsa ed apparente, ma che i terzi terranno per vera.

Per lo più l'atto ostensibile è un atto notarile, e la controscrittura un atto sotto firma privata. Per lo più anche le due scritture sono stese ad un tempo. Ma tali circostanze non influiscono; e quand'anche il secondo atto fosse notarile come il primo, fosse fatto più o men tempo dopo quello, o il primo atto fosse fatto sotto firma privata, l'altro sarebbe sempre una controscrittura governata dalla regola del nostro articolo, essendosi riconosciuto che le parti l'han fatto nel fine di mettersi in una condizione segreta che dovesse mascherarsi dall'altra risultante dall'atto ostensibile.

Stante le due contrarie proposizioni, l'una vera ma ignorata, l'altra falsa ma nota, la legge doveva dichiarare, come fece, che gli effetti dell'atto ostensibile potranno sempre essere invocati dai terzi come se la controscrittura non esistesse, e senza che essa (che produrrà i suoi effetti fra le parti fino a che i terzi non vi saranno interessati) possa mai essere loro opposta.

II. — Qui la parola terzo ha un significato diverso che negli articoli 1165, 1319 e 1320 (1118, 1273 e 1274) ove si dice che gli atti non possono far prova (*praejudicare*) cioè avere il loro effetto contro i terzi. Lì sono quelli del tutto estranei all'atto e alle parti, che non sono per nulla gli aventi-causa di queste ultime. Qui in vece la regola è appunto per gli aventi-causa; *terzi* si chiamano gli aventi-causa, perocchè essi soli vogliono

*—La controscrittura interceduta tra il creditore ed il debitore non è efficace rispetto al cessionario del credito cui si è occultata. C. S. di Napoli, 21 aprile 1849.

— Le controscritture non valgono contro coloro che hanno rinunziato all'eredità dei contraenti. C. S. di Napoli, 30 giugno 1851.

essere protetti dallo effetto delle controscritture; essi soli patirebbero danno se quelle valessero come gli atti ordinarî; pei terzi *penitus estranei* non poteva farsi una regola speciale che dichiara inefficaci le controscritture ; poichè tali indistintamente sono per essi tutti questi atti.

Si tratta dunque degli aventi-causa. Così quando, comprata la casa di Paolo , riconosco con un atto segreto fra me e lui, che la vendita fosse puramente fittizia, questa dichiarazione non potrà avere alcuno effetto contro i miei aventi-causa; e se mostrandomi sleale verso Paolo io vendessi , ipotecassi , imponessi servitù, o soltanto donassi o legassi la casa apparentemente mia , colui che avrebbe così acquistato da me o a titolo oneroso o a titolo gratuito la proprietà, uno smembramento di essa, o una ipoteca, non ostante la controscrittura che per lui è come non avvenuta, conserverebbe il dritto acquistato come se sul serio io avessi acquistato la cosa. Nè solo i terzi acquirenti, quelli che hanno ottenuto da me un diritto reale sulla casa che io apparentemente acquistava , possono non far valere la controscrittura , ma anche i miei semplici creditori chirografarî: in una parola tutti i terzi, cioè tutti i miei aventi-causa, i quali sarebbero ingannati, non meno degli acquirenti. Essi son divenuti miei creditori o rimasti tali , mi han prestato il loro danaro , o non hanno fatto istanze onde glielo restituissi, perchè han contato sopra i beni che apparentemente erano miei: la vendita fittizia essendo parsa seria agli uni come agli altri, e la controscrittura rimasta occulta per questi e per quelli , la legge senza distinguere doveva pareggiarli tutti, come ha fatto.

Ma d'altra parte, non si possono comprendere fra terzi gli aventi-causa a titolo universale, i successori generali della persona , quelli che sono tenuti a tutti i suoi debiti, a tutte le sue obbligazioni, sia oltre il valore dei beni, cioè gli eredi, sia fino alla concorrenza di essi, cioè i successori irregolari , e i legatari o donatarî universali o a titolo universale. Tutti cotesti aventi-causa a titolo universale, anzichè avvantaggiarsi dell'atto ostensibile senza far conto della controscrittura, sarebbero invece, succedendo alle obbligazioni del loro autore, tenuti com'egli medesimo ai danni-interessi in vantaggio dell'altra parte per essersi violata la controscrittura.—Ben si comprende che un mandante dovrebbe anche rispettare la controscrittura che per lui avrebbe sottoscritto il mandatario, nè potrebbe (tranne vi sia frode) pretendersi *terzo*, essendochè il mandatario è lo strumento, il braccio del mandante, e per mezzo di lui quegli è stato parte nella controscrittura, come nell'atto ostensibile.

Non si capisce che un tribunale (Bordeaux, 21 giugno 1825) in una specie in cui non si era dedotta alcuna frode contro i mandatarî che avevano avuto facoltà di transigere col debitore del mandante , abbia potuto condannare i mandatarî a pagare al mandante la somma di 60,000 fr. che in un atto ostensibile si diceva ricevuta, quando in una controscrittura si stabiliva che l'accordo era stato fatto per 40 mila franchi. — Ma la Corte di Bordeaux riformò questa incredibile decisione con dire, che il mandante il quale non avea dedotto alcun fatto di dolo o di frode , non poteva prevalersi dell'atto ostensibile rigettando la controscrittura; che egli non era terzo in quella, ma parte per mezzo dei suoi mandatarî i quali la aveano sottoscritto nello interesse e nel conto proprio di lui (25 luglio 1826).

Così, riepilogando, i terzi sono qui nè più nè meno gli aventi-causa a titolo particolare, come è riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

Toullier (VIII, 182) e Duranton (XIII, 100) non annunziano intorno a ciò la loro sentenza. Pure quest'ultimo par che si accosti alla nostra dottrina , perchè avendo

(1) Cassaz., d'una decisione di Grenoble , 23 febbraro 1835; Parigi, 29 aprile 1837 ; Lione , 21 giugno 1837 (Dev., 1835, I, 361 ; 1837, II, 245 e 444).

detto che le controscritture hanno effetto soltanto fra le parti contraenti, aggiunge che « fra le parti contraenti si comprendono gli eredi di esse » escludendo con ciò implicitamente tutti gli altri aventi-causa che rientrano fra terzi. Troppo stretta è la espressione di erede, ma probabilmente il dotto professore intende tutti i successori generali: eredi, successori irregolari, legatari, e donatari a titolo universale. Bonnier (n° 349, 400) che esclude anche dalla classe dei terzi gli *eredi* e il *mandante*, correggendo tale inesattezza nel corso della sua spiegazione dice, che fra i terzi si comprendono tutti gli aventi-causa a titolo particolare.

III. — Poichè nel concorso di due atti, ostensibile l' uno e raccertante una falsa apparenza, segreto l'altro e raccertante il vero, la finzione la vince sulla realità rispetto ai terzi tratti in errore; sarà il medesimo a *fortiori* quando la realtà mascherata da un atto ostensibile risulterà non da un atto espresso e formale che si è tenuto segreto, ma dalla semplice corrispondenza delle parti. Non ci teniamo quindi dal notare come profondamente contraria alla regola del nostro articolo una decisione di rigetto degli 11 maggio 1846.

Con questa la camera dei ricorsi conservò non ostante la nostra difesa, una decisione di Rennes che aveva negato ad alcuni creditori di dichiararsi fallita la loro debitrice ch'era mercantessa pubblica con atti ostensibili autentici ed eseguiti pubblicamente da molti anni; e la ragione era che certi fatti e specialmente la corrispondenza confidenziale della moglie col marito mostrava, che realmente il commercio era del marito non della moglie, la quale prestava a quello il nome (vedi *Gazzetta dei Tribunali* del 12 maggio 1846).

La Corte di Rennes riconosceva la moglie avere fatto il traffico in forza di una autorizzazione autentica del marito: le lettere patenti in nome di lei, e gli atti commerciali fatti da lei, e lei aver patito procedimenti e condanne commerciali, e il marito aver fatto alcuni atti in forza di una procura autentica della moglie; e la Corte poi dichiarava che tutto ciò era stata una finzione, una menzogna come si rilevava dalle lettere del marito; e quindi inferiva che la moglie non essendo stata realmente pubblica mercantessa, non poteva farsi dichiarare fallita dai suoi creditori. Ciò importava far prevalere in riguardo dei terzi una realità tenuta occulta e che risultava soltanto da lettere segrete, contro un' apparenza ingannatrice autenticamente pubblicata. Or conforme al nostro articolo la realità riguardo ai terzi, è senza effetto prevalendo le semplici apparenze, quand'anche l'una è raccertata, e le altre smentite da un atto espresso e regolare, da che questo è stato occultato e nascosto sotto l'altro ostensibile.

La prova che risulta da un' intima corrispondenza delle parti, non può avere maggior forza di quella che derivi da un atto formale. Se la cosa fosse diversamente, sarebbe ben facile la frode; basterebbe alle parti che volessero un giorno far prevalere riguardo ai terzi il vero da essi occultato simulando un atto ostensibile, il fare in vece di una controscrittura delle missive che spieghino i loro veri rapporti. Con tal mezzo venduta fittiziamente la mia casa a Pietro, i terzi daranno con ipoteca il loro denaro all' apparente proprietario; di poi io farò scomparire questa ipoteca provando con la nostra corrispondenza e con tutti gli altri mezzi che non siano una controscrittura, che la vendita era una finzione e che io son rimasto proprietario. Certamente dalla decisione degl'11 maggio 1846 si tenne una via falsa, e da noi la vera che sostenemmo si dovesse cassare la decisione di Rennes.

IV. — Del resto, non dovrebbe credersi che riguardo ai terzi i quali sono qui aventi-causa delle parti, la controscrittura sia come non avvenuta. Essa è inefficace rispetto a loro quando dovrebbe lor nuocere, perchè se dovesse giovare, essi potrebbero allegarla. Così, se un atto dichiari che Pietro abbia venduto la sua casa a Paolo per 100,000 fr. ed una controscrittura pruova il prezzo reale essere stato 125,000, non sólo Pietro o i suoi succes-

sori a titolo universale, ma anche i suoi creditori che sperimentano i suoi dritti per essere soddisfatti dei loro crediti, potranno pretendere da Paolo la somma di 125,000 franchi; aventi-causa di Pietro hanno i medesimi dritti di lui, ed una controscrittura se pregiudizievole al loro debitore, non può a loro nuocere, se a quello profittevole, giova ugualmente a loro.

Sarebbe altrimenti se i creditori di Pietro pretendessero far valere la controscrittura non contro Paolo e i suoi successori a titolo universale, ma contro i creditori o terzi acquirenti di colui. Così divenuti decotti Pietro e Paolo, e sorta controversia fra i creditori dell'uno e dell'altro, quelli di Pietro potranno pretendere 100,000 fr. e non 125,000, poichè in questa condizione i successori anche a titolo universale di Pietro, e questi medesimo potrebbero soltanto dimandare 100,000 franchi. Ciò deriverebbe allora non dall'essere la controscrittura *in vantaggio* dei creditori di Pietro (essa produce il medesimo effetto in prò dei creditori e delle parti stesse) ma dall'essere inefficaci *contro* i creditori di Paolo.

V.—Abbiamo supposto che una controscrittura che cresca il prezzo di vendita indicato nell'atto ostensibile, generi il medesimo effetto di qualunque altra. È così giusta il nostro articolo il quale pareggia indistintamente tutte le controscritture; ma era diversamente quando si promulgava il Codice conforme alla legge del 22 frimaio anno VII.

L' art. 40 di questa legge soggettando nel secondo paragrafo ad una ammenda triplice della somma che per dritto di registro si sarebbe dovuta, quando in una controscrittura aumentavasi il prezzo di vendita, pronunziava inoltre nel suo secondo paragrafo l'intera ed assoluta nullità di una simile controscrittura. Ma che che ne dica Merlin (*Quistione*, alla parola Controscrittura, § III) tale disposizione esorbitante ed iniqua è stata abrogata dal nostro articolo.

La discussione al Consiglio di Stato non lascia alcun dubbio intorno a ciò.

Il direttore generale del registro, Duchâtel, ben opinando che la quistione di validità o di nullità di un atto è di dritto civile e non delle leggi fiscali, che regolarmente devono procedere colle ammende, e di conseguenza la regola generale che dovea mettersi nel Codice, reagirebbe sulla disposizione dell'art. 40 della legge di frimaio, si fe'a domandare che le controscritture *sempre fatte in frode del tesoro pubblico* fossero *assolutamente proscritte*. Ma la sua proposizione fu rigettata da tutto il consiglio. Bigot-Preameneu, Berlier, Cambacéres, Tronchet e Defermon risposero doversi soltanto annullare le controscritture quando sono fraudolenti; che in molti contratti sarebbe cosa ingiusta rigettar le modificazioni contenute nella controscrittura; *che con le ammende e non già con la pena di nullità deve punirsi la frode contro il tesoro pubblico*; che in alcun caso il legislatore non può far prevalere la sua alla volontà delle parti, con l'aumentare o col diminuire le obbligazioni che elle si sono imposte; *che la disposizione che di presente esiste contro l'uso delle controscritture, non sembra giusta;* che *questi atti devono avere il loro effetto fra le parti ed esser nulli soltanto contro i terzi*; che l'interesse del fisco sarà meglio assicurato col mezzo *dell'ammenda inflitta alle parti per non averli fatti registrare* (Fenet, XIII, let. pagina 112 e 113).

La sezione di legislazione non fece alcun conto della proposizione di Duchâtel che a lei fu rimessa, e mantenne intera ed assoluta la regola della validità delle controscritture tra le parti.

I compilatori intorno a ciò manifestarono chiaramente il loro intento; l'abrogazione della prima parte dell'art. 40 della legge di frimaio sarebbe certa quando pure la legge del 30 ventoso anno XII non avesse dichiarato abrogate tutte le leggi anteriori riferentisi alle materie che formano l'oggetto del Codice Napoleonico; e la frode ai dritti del fisco in questi tempi è punita con l'ammenda del triplo, pronunziata nella seconda parte dello stesso articolo, e che

in vero è bastante (1).

N. B. Si comprende dal sin qui detto che nulla evvi di comune tra le *controscritture* e le riserve che alcuna volta si fanno in un atto in vantaggio di un terzo nella stessa guisa che le dichiarazioni avute per incarico di acquistare. La dichiarazione avuta per incarico di acquistare è quella per cui un compratore fa palese ch'ei compra per una persona che sarà poi nominata, e che lo ha incaricato (*commandé*) o per cui egli stesso s'incarica di acquistare la cosa. Non vi ha alcuna modificazione segreta d'un atto ostensibile: nè si comprende molto bene perchè Toullier nella materia delle controscritture (nn. 169-181) dia lunghe spiegazioni sulla dichiarazione avuta per incarico di acquistare.

§ 2. — *Dell'atto sotto firma privata, e delle scritture private senza firma.*

Il Codice a questo secondo paragrafo appone la rubrica: « *Dell'atto sotto firma privata* »; ma la è troppo stretta. Gli atti con firma privata, stesi cioè colla firma delle persone private (in opposizione agli atti autentici, che si rilasciano sotto la firma di una persona pubblica, e sono così atti con firma pubblica) non sono i soli di cui trattasi in tal paragrafo; perchè, dopo aver parlato negli art. 1321, 1322, 1328 (1174, 1276, 1282) delle scritture colla firma privata delle parti, parla negli art. 1329, 1332 (1283, 1286). delle scritture che senza alcuna firma producono un qualche effetto. Era di mestieri porre a questo paragrafo il titolo *di scritture private*, in opposizione al precedente che tratta delle scritture pubbliche.

Trattiamo via via, e giusta l'ordine degli articoli: 1° degli atti sotto firma privata, 2° delle scritture prive di firma.

1. Degli atti con firma privata.

1322 (1276). — La scrittura privata riconosciuta da quello contra cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto autentico fra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra loro eredi e quei che hanno causa da loro.*

I. — L'atto con firma privata, che in pratica spesso suol nomarsi atto *con firma* (il che è un poco inesatto, essendo l'atto notarile eziandio con firma) produce la stessa fede dell'atto autentico, val dire lo stesso effetto, *eadem modo praejudicat* (art. 1319 (1273), n. II), allorchè è riconosciuto, o stimato tale da colui a cui si oppone.

Diciamo che, con tal condizione, a cui si rapportano i due articoli seguenti, produce lo stesso effetto, *idem praejudicium*, dell'atto autentico, vale a dire che egli crea dritti ed obbligazioni tra le parti,

(1) Toullier (VIII-186); Favard (*Rep.*. alla parola *Controscrittura*); Duranton (XIII-103); Dalloz (§ 5, n° 3); Bonnier (n° 403); Rig., 10 gennaro 1819; Dijon, 9 luglio 1828; Aix, 21 febbraro 1832 (Dev., 32, 2, 263).

* Massime della C. S. di Napoli.

Non può dichiararsi nulla una scrittura privata sul motivo che chi l'ha sottoscritta non sappia scrivere, ma l'ha segnata guidato da un altro a lettera a lettera, salvo se si provi il dolo. 30 marzo 1824.

— Se con lo stesso atto un foglio privato s'impugna e come invalido e come non riconosciuto, non può ritenersi come non riconosciuto sol perchè s'impugnò prima come invalido, e subordinatamente come non vero. 11 giugno 1841.

— L'aver taluno riconosciuto la sua firma in un foglio sinallagmatico, non gli vieta di sostenere con valido documento, che la parte esibitrice di questo foglio, alla quale era stato rimesso per compiere la convenzione, lo ha ritenuto per deliberare, e non ha più manifestato in tempo utile il suo consenso. 20 giugno 1845.

— I documenti privati non possono servir di appoggio alla pronunziazione del magistrato di merito, se pria non vengano direttamente intimati alla parte, e questa li riconosca espressamente o tacitamente col silenzio. 2 dicembre 1847.

— Prodotta in giudizio una scrittura privata, se questa non sia riconosciuta, nè se ne domandi la verificazione, la scrittura rimane di niuno effetto. 18 febbraro 8311.

loro eredi, o aventi-causa nella stessa guisa di un atto pubblico; così il nostro articolo dopo aver dichiarato formalmente che l'effetto dell'atto privato è *lo stesso* di quello autentico (il che basterebbe per fare intendere che si applica alle stesse persone), aggiunge negl'identici termini dell' articolo 1319 (1273) che tale effetto ha luogo tra le parti, loro *eredi* e *aventi-causa.*

A torto quindi Duranton (XIII, 135, 136) e Ducaurroy (tomo III, p. 46) affin di notare un errore di Toullier, di cui terremo discorso sotto l'art. 1328 (1282), hanno insegnato, che per *aventi-causa* intendonsi gli eredi imperfetti, e i legatari, o donatarî universali, o a titolo universale, ma non i compratori, i permutanti, i donatarî o legatarî particolari, ec.

Il nostro come l'articolo 1319 (1273), comprende gli aventi-causa a titolo particolare, e quelli a titolo universale. — Per altra ragione, come vedremo all'articolo 1328 (1282), doveva confutarsi Toullier, e risolvere la difficoltà che sorge dalla combinazione dell' artic. 1328 (1282) col nostro.

II. — L'atto privato legalmente riconosciuto, produce lo stesso effetto dell'atto autentico (*idem praejudicium quoad jus et effectum* fra le parti, loro eredi od aventi-causa, ed ha la medesima fede (*quoad probationem seu veritatem*) rispetto ai terzi, tranne per la data, per cui l'articolo 1328 (1282) stabilisce una regola speciale.

Del resto, l'atto privato, che legalmente riconosciuto ha la medesima fede (menochè per la data) produce lo stesso effetto dell' atto autentico, non può avere maggior forza di questo, e può essere impugnato com' esso colla iscrizione in falso (articolo 214 (309) Cod. di pr.) Duranton (XIII, 123 e seg.).

1323 (1277).—Quegli contra cui si oppone una scrittura privata, è tenuto di riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione.

I suoi eredi, o que'che hanno causa da lui possono semplicemente dichiarare che non conoscono il carattere o la sottoscrizione del loro autore.*

1324 (1278).—Quando la parte neghi il proprio carattere o la propria sottoscrizione, e quando i suoi eredi, o quei che hanno causa da lui, dichiarino di non conoscerla, se ne ordina la verificazione giudiziale.

I.—L'atto sotto firma privata ha vaglia se si riconosce emanare da colui a cui si attribuisce.

Colui a cui si oppone l'atto, se si pretende esserne autore, ne può sospendere lo effetto, col dichiarare apertamente non sua la firma o la scrittura; essendo soltanto un erede o altro avente-causa, può dir solo di non sapere se il carattere o la firma sia del solo autore. La legge ammette che i miei successori ignorino se il tale atto emani o no da me; ma non ch'io possa ignorarlo.—Si parla della firma, *o del carattere*, sebbene par che i nostri articoli si riferiscano agli atti privati fatti sotto firma. Infatti, delle volte sebbene si riconosca la firma dell'atto sotto firma, se ne potrebbe pur sospendere l'effetto disconoscendo il carattere (se è il medesimo che ha sottoscritto) o dichiarando di non conoscerlo (se è solo il suo successore). I quali casi sono quelli dello artic. 1325

* D. 4 ottobre 1831. — 1. Coloro che vorranno produrre querela di falso in principale contra scritture private, dovranno preventivamente garentire il pagamento dello ammontare del debito, del pari che delle spese e dei danni ed interessi nei quali potessero esser condannati. — 2. Alla querela di falso principale contra scritture private dovrà essere unito il documento legale della seguita assicurazione. Non sarà altrimenti ricevuta la querela anzidetta. — 3. La disposizione per l'assicurazione del debitore appartiene al magistrato civile, e sarà nel suo prudente arbitrio stabilire, che sia la medesima effettuata per via di cauzione, di deposito della somma contesa, di pegno corrispondente, o di altro mezzo efficace e riconosciuto dalla legge.

(1280) secondo cui l'atto, ond'esserne valida la scrittura, deve tutto intero scriversi di mano di colui che firma, e per lo meno contenere scritto di sua mano un *buono ed approvato* che indica in lettere per esteso la somma o la quantità.

Del resto, ciò che dicesi dai nostri articoli per gli atti di firma privata, deve anche, almeno per analogia, applicarsi, quanto alla scrittura, a quelle scritture che non han bisogno di firma.

II. — Non è punto necessario che chi vuole giovarsi d' un atto privato, citi prima il suo avversario per riconoscerne la scrittura, e nemmeno che egli nella citazione concluda insieme e per la ricognizione o per la verificazione nel caso che si disconosca, e poi per la esecuzione. — Ciò era una volta indispensabile in materia civile; ciò fu anche richiesto da un editto del 1654, che poi fu dichiarato inapplicabile agli affari di commercio ai 15 maggio 1703 (1); ma non essendo imposta oggi alcuna simigliante regola nè dal Codice Napoleone, nè dal Codice di procedura, l'attore, che, ove lo stimi, può senza dubbio chiamare il convenuto prima per la ricognizione o la verificazione, può anche citarlo direttamente per la esecuzione dell'atto, salvo al convenuto di rispondere che egli non lo conosce. Duranton, che avea prima insegnato il contrario nel suo *Trattato dei Contratti* (IV, 1232) si è ricreduto nel suo *Corso di dritto* (XIII, 114) e in un articolo pubblicato nel *Repertorio* di Favard allla parola *Atto privato*.

Il convenuto che citato *de plano* per la esecuzione dell'atto, risponde difendendosi nel merito, riconosce perciò l' atto. Quando fattasi una domanda in merito, ovvero per la ricognizione, egli nega il carattere o la firma (o dichiara di non conoscerli se è un erede o altro avente-causa), allora deve farsi la verifica secondo le regole delle leggi di procedura (Cod. proc. articolo 193-213 (187-307) legge del 3 settembre 1807. — Se fatta la verifica il tribunale dichiara la scrittura o la firma essere di colui a cui si riferiscono, l'atto è riconosciuto, non dal convenuto, ma dal magistrato. Questo e l'altro caso in cui il convenuto si difende in merito senza dir di non riconoscere, sono quelli a cui accenna l'articolo 1322 (1276) parlando dell'atto che legalmente si ha per riconosciuto (2).

1325 (1279 M). — Le scritture private le quali contengono convenzioni sinillagmatici non sono valide quando non sieno state fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto.

Basta un solo originale per tutte le persone che hanno uno stesso interesse.

In ciascun originale deve farsi menzione del numero degli originali che si sono fatti.

Ciò non ostante la mancanza della menzione che gli originali siano stati fatti in duplo, in triplo, ec., non può essere opposta da colui che abbia eseguita per parte sua la convenzione contenuta nell'atto.*

(1) Vedi nel Codice Tripier sotto l' articolo 193 (287) del Codice di procedura.

(2) Del resto è chiaro che negandosi la scrittura il giudice non è obbligato di ordinare una verifica potendo averla per riconosciuta quando l'atto gli si profferisca e pruovi sincero. — Vedi Parigi, 31 luglio 1852 (J. P., 1853, t. II, p. 289).

* Il corrispondente art. 1279 è così espresso:

« Le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, debbono esser fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto.

« Basta un solo originale per tutte le persone che vi abbiano un interesse medesimo;

« In ciascuno originale dee farsi menzione del numero degli originali che si son fatti.

« Ciò non ostante la mancanza di tal menzione non può essere opposta da colui che abbia eseguito per parte sua la convenzione contenuta nell'atto.

« Se la scrittura sinallagmatica abbia le sottoscrizioni delle parti, ma manchi alcuno degli originali, o la menzione del numero di quelli che si sono fatti, potrà valere semplicemente come principio di pruova per iscritto».

— È valida una scrittura sinallagmatica quando in ciascuno degli originali sia la firma delle altre parti, ancorchè vi manchi quella di colui al quale vien rilasciato. C. S. di Napoli, 16 settembre 1820.

— Una scrittura privata di compra vendita contenente dichiarazione di avere il venditore ricevuto il prezzo della cosa venduta, è valida ancorchè

SOMMARIO

I. Falsa ed immorale regola introdotta dal parlamento di Parigi. Il nostro articolo non la riproduce. Applica alla pruova ciò che si diceva della stessa convenzione. Grave errore della decisione di Parigi.

II. Basta che la convenzione di cui l'atto non fa menzione delle copie in doppio, o di cui non si sono fatte tali copie, sia provata altrimenti o volontariamente eseguita. L'atto non in doppio è principio di pruova per iscritto. Rimando.

III. Significato delle parole « *che ha eseguito* per parte sua »; *e* « *che vi abbiano* il medesimo interesse ».

IV. Si devono fare le copie in doppio nei soli contratti sinallagmatici; non già in una promessa unilaterale di vendere o di comprare (errore madornale di Merlin e delle Corti di Angers e di Lione): e nemmeno quando una delle obbligazioni reciproche si compie nel punto che si fa.

I.—Nel 1736 violandosi stranamente i più elementari principî del dritto, si stabilì nella nostra antica giurisprudenza la regola, che dal nostro articolo non fu rigettata come si dovea, ma riprodotta almeno con qualche importante modificazione.

Il parlamento di Parigi con varie decisioni, la prima delle quali è dei 30 agosto 1736, confondendo la validità di una convenzione, con la validità di una scrittura che ne deve far la pruova, decise essere affatto nulla qualunque convenzione che ingeneri vicendevoli obbligazioni, se non è comprovata da una scrittura fatta in tanti originali quante sono le parti che abbiano interesse opposto, in ciascuno dei quali si faccia la menzione del numero degli originali. Così, quando pure ciascuna delle due parti che abbiano formato un contratto sinallagmatico, avesse formalmente dichiarato vera la convenzione, ed una di esse l'avesse già volontariamente eseguita,

fatta in un solo originale. C. S. di Napoli, 11 marzo 1852.

A proposito delle scritture sinallagmatiche una quistione, nuova per gli scrittori francesi, è stata esaminata nei nostri tribunali; cioè se basti la soscrizione apposta nelle scritture private, ovvero, sia necessario essendo più i fogli distinti fra loro in cui racchiudesi la convenzione, che ciascun foglio sia firmato da ciascuna parte.

— Che le scritture private, considerò fra l'altro la C. S. di Napoli, non possono far fede, se non quando sieno sottoscritte dalle parti, sottoscrizione che esprime il consenso dei contraenti, ed importa perciò senza dubbio una formalità essenziale. « Che la certezza del consenso delle parti non potrebbe conseguirsi nelle scritture private, qualora non si sottoscrivessero in tutti i fogli; imperciocchè nel caso in cui o l'uno o l'altro togliesse o cambiasse uno dei fogli non sottoscritti, mancherebbe ogni mezzo per conoscersi se il foglio tolto o surrogato fosse quello nel quale le parti hanno consentito.

« Che ad evitare questo grave inconveniente, la legge sul notariato prescrive, che l'atto autentico debba essere sottoscritto dalle parti in ogni pagina, e che una tale omissione produca la nullità dell'atto. Or se sono necessarie le sottoscrizioni delle parti in tutte le pagine degli atti circondati da solennità assai maggiori di quelle che s'incontrano nelle scritture sinallagmatiche private, è logico e legale nella specie l'argomento *a majori ad minus*.

« Che avendo la legge stabilito il principio che la scrittura privata debba essere fornita della sottoscrizione delle parti, è di conseguenza che ogni foglio di tale scrittura debba contenere la sottoscrizione, e per le ragioni già dette sarebbe assai pericoloso lo stabilire, che in un atto si potessero inserire dei fogli, nei quali si contenessero convenzioni non consentite. « Che dalla sanzione di doversi tali scritture formare in tanti originali per quante sono le parti, non si può escludere la soscrizione in ogni pagina delle scritture medesime. La formazione di tanti originali per quante sono le parti, non ha altro oggetto che di somministrare a ciascuno il titolo in virtù del quale possa astringere l'altro all'adempimento della obbligazione, ma non diviene certa la convenzione se non quando l'atto è sottoscritto in tutti i fogli, sottoscrizione che fa evitare l'arbitrio di taluno di cangiare a suo talento uno o più fogli della convenzione, senza potersi conoscere quale degli originali fosse il vero. Le sottoscrizioni adunque delle parti in ciascuna pagina essendo il solo elemento, che assicura la verità dell'intera scrittura, l'omissione di esse la rende nulla ».

In grado di rinvio, la 1ª camera della gran Corte civile di Napoli ampliando il ragionamento della Corte suprema e afforzandolo con altre considerazioni, seguì lo stesso avviso; e quindi con decisione dei 25 marzo 1850 dichiarò nullo il triplo originale come scrittura privata (causa *del Giudice e del Giudice*) V. pure la decisione uniforme del 7 marzo 1847 (causa *Capialbi e Pignataro*).

se la scrittura non si fosse redatta in doppio o se non si fosse fatta menzione in ciascuno degli originali delle due copie eseguite, la convenzione dichiaravasi nulla, e avrebbe così trionfato l'impudente mala fede di colui che per quel protesto voleva attenere la sua promessa. Il nostro Codice non riprodusse questa regola tanto assurda, quanto immorale. Egli dichiara inefficace, ove manchi alcuno degli originali, o la menzione del numero di essi, non già il contratto, ma solo la scrittura che dovea farne pruova. « *Le scritture private* le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, *non sono valide* quando..;». E applicando al caso in cui mancasse la menzione degli originali, uno di quelli presentatisi al Parlamento di Parigi, la regola di nullità *della pruova* (salvo la validità della convenzione, se sia altramente giustificata) dichiara nel suo ultimo paragrafo, che se una delle parti l'avesse eseguita, sarebbe di niun momento il vizio di forma e non potrebbe opporsi.

Posto ciò, non fa poca maraviglia che la Corte di Parigi (27 nov. 1811) abbia potuto dichiarare che dall'art. 1325 (1279 M) *si sono consecrati gli antichi principî!*

Il nostro articolo dice con ragione nel suo *Repertorio* Merlin, è molto lontano da così strano errore, e mentre la più moderna giurisprudenza del Parlamento di Parigi, mettendo in non cale le nozioni più elementari del dritto, annullava perfino una convenzione sinallagmatica, perchè la pruova non risultava da un atto fatto in più originali, l'art. 1325 (1279 M) dichiara soltanto, che un simigliante atto non è valido per raccertare la convenzione, che d'altronde può provarsi in qualunque altro modo (alla parola *Doppia scrittura*, n° 8).

II. — Il difetto della menzione dei varî originali o di essersi essi fatti, è dunque oggi una quistione di pruova, oltre la quale la convenzione sarà sempre valida se è in altra maniera provata.

Così quando la parte contro cui si domanda la esecuzione si nega, perchè non si è fatta menzione dei varî originali, o perchè essi non si sono fatti, o perchè non si è fatta alcuna scrittura, la convenzione che altronde si riconosce essersi formata, perchè stabilita dalla confessione stessa della parte, produrrà pienamente lo effetto che altra volta non aveva.

Che se la parte nega la convenzione stessa, e pretende che il contratto per formarsi si fosse dovuto fare in un atto pienamente regolare, per modo che essendo irregolare non ha potuto far nascere le obbligazioni, la parte avversa potrà deferire il giuramento (art. 1358 (1312) e seg.); ella che prima aveva negato, non volendo farsi spergiura, confessa alla fine di essersi la convenzione formata prima di farsi la scrittura, e indipendentemente da essa, il contratto essendo anche per ciò provato, sarà pienamente efficace. Parimente ancora se la convenzione, come è preveduto dall'ultimo paragrafo dell'articolo, vien provata dalla medesima esecuzione, saranno di nessun momento non solo la mancanza *della menzione* dei varî originali, ma anche la mancanza *degli originali* stessi; se ciò potesse parer dubbio in faccia al solo testo del nostro articolo, non lo sarebbe più in faccia all'art. 1338 (1292) secondo cui la volontaria esecuzione importa la rinunzia a tutti i mezzi ed eccezioni che potevano opporsi contro l'atto (1).

Non potrebbe nemmen sorgere il dubbio, e dovrebbe certamente rendersi efficace la convenzione, se come avvenne in uno dei casi giudicati dal Parlamento di Parigi, mancasse *la menzione* dei varî originali, ma questi si esibissero. La regola del nostro articolo non offre altro che una quistione di pruova; la menzione dei varî originali si vuole per provare ed assicurar meglio l'esistenza di essi; or quando essi effettivamente si esibiscono, è la più bella pruova che si possa dare che esistano, anzi migliore della stessa menzione (Conf. Grenoble, 8 ap. 1829).

Vedremo sotto l'art. 1347 (1301) che

(1) Toullier (VIII-133); Delvincourt (t. II); Solon (n° 89); Duranton (VIII-161); Dalloz (art. 2, § 2, n° 3); Bonnier (n° 562); Rig., 13 febbr. 1812; Cass., 15 febbraro 1814).

difformemente dalla dottrina di Duranton, Bonnier, ed altri, l'atto che non fa menzione di essersi fatti i varî originali, potrebbe anche tenersi come principio di pruova per iscritto della convenzione, facultando l'attore a provare per testimonî, che la convenzione si è realmente formata, e permettendo ai giudici di decidersi colle semplici presunzioni (art. 1355 (1309) o mercè il giuramento suppletorio (art. 1367 (1321)).

III. — Il nostro articolo prevedendo il caso della esecuzione volontaria, parla di quella che uno abbia fatto per sua parte; infatti può avvenire che una convenzione sebbene sinallagmatica può essere eseguita da una delle parti senza che l'altra vi concorra. Così avendovi venduto la mia casa per 40,000 franchi dei quali dovevate pagare a me 35,000 franchi, e 5,000 ad un terzo a mio nome; l'aver voi pagato a quest'ultimo i 5,000 franchi è *per parte vostra* una esecuzione, io non entro affatto, mentre se fosse un pagamento di una porzione di prezzo ricevuto da me, la esecuzione sarebbe per parte tanto di me che vostra. — Avendo uno solo eseguito per parte sua, senza il concorso dell'altro, colui solo che ha eseguito non può più opporre la mancanza dei varî originali.

Facciamo un' altra osservazione per le parole *che hanno il medesimo interesse.*

Secondo l'articolo basta un solo originale per le parti che hanno il medesimo interesse, e deve farsene uno separato per ciascuna delle parti che abbiano uno interesse distinto. Ciò non si intende solo di coloro che avessero lo identico e medesimo interesse (come una moglie che stipula, concorrendo il marito per autorizzarla), ma di tutti coloro che hanno ognuno un uguale interesse, e che tutti insieme figurano come un solo rispetto all'altro contraente. Così se tre comproprietarî si concertano con un appaltatore per aver ristorata una casa comune, bastano due originali, uno per lo appaltatore, e l'altro pei comproprietarî; sebbene questi al postutto abbiano interessi distinti, pure rispetto a quello sono come un solo proprietario della casa. Se invece i tre comproprietari dovessero dividere una cosa comune, ciascuno dei condividenti sarebbe contrario dagli altri, e l'atto dovrebbe farsi in tre originali (1). — Del resto, se più persone abbiano interessi, che formano un solo rispetto alla parte avversa, l' originale che questa riceve in cambio di quello che dà ai varî cointeressati, deve firmarsi da tutti questi. Altramenti le scritture proverebbero il progetto di una convenzione che non sarebbesi conclusa, siccome abbiamo spiegato al n° III dell'art. 1318 (1272) confutando un grave errore di Toullier e Duranton.

La regola da noi spiegata si sarebbe meglio espressa, dicendo che si debbono fare tanti originali quante sono le parti che *hanno nella convenzione opposti* interessi.

IV. — Vediamo ora a quali contratti si applica la regola della necessità dei varî originali.

Il nostro articolo volendo solo che si facciano per le convenzioni sinallagmatiche, non si può pretenderli in alcuno dei contratti unilaterali, tanto in quelli che possono nascere *ex post facto* da obbligazioni reciproche contro la parte che prima non era obbligata, che negli altri. Questi contratti (il deposito, il commodato, ec.) diconsi spesso *sinallagmatici imperfetti*; ma al postutto sono una delle specie del contratto unilaterale; possono per accidente presentare vicendevoli obbligazioni, non sono sinallagmatiche che nel formarsi, nè l' atto fatto per comprovarli contiene convenzioni sinallagmatiche, onde si è sempre convenuto e si conviene di non applicare ad essi la regola dei varî originali (2).

La regola non si applicherebbe nemme-

(1) *Vedi* ricorso; 23 ottobre 1853 (J. P., 1835, t. I, p. 528).

(2) Toullier (VIII-326); Delvincourt (t. II); Duranton (XIII-150); Dalloz (n° 6); Bonnier (n° 566); Zachariae (V, p. 648). — Giudicato in tal modo pei conti saldati e quitanze date. Cass., 16 marzo 1852; Orléans, 2 dicembre 1853 (J. P., 1852, t. I, pagina 419; 1855, t. I, p. 171).

no alla promessa unilaterale cioè fatta da una sola parte senza obbligarsi l'altra, di concludere appresso un contratto sinallagmatico: così obbligandomi a rilasciarvi la mia casa per 60,000 franchi, se voi volete prenderla per questo prezzo entro tre mesi, non bisogna fare un atto doppio, bastando quel che io vi sottoscrivo, da che voi non vi obbligate *a nulla* verso di me. Che il parlamento di Parigi mettendo in non cale tutti i principi, abbia potuto decidere per fino il contrario (in una decisione riportata da Denisart alla parola *Doppio*) si può ben comprendere dopo lo strano errore in cui incorse, secondo giustamente fu rimproverato da Merlin; nello errore come nel vizio il primo trae gli altri. Ma non si comprende che sotto l'impero del Codice Napoleone, lo stesso Merlin (Rep., alla parola *Vendita*, pagina 534, 555) e dopo lui le Corti di Angers e di Lione (1) abbiano detto che qualunque obbligazione di vendere contratta da una parte sola, sia dichiarata nulla dall' articolo 1589 (1434). Giusta il quale la promessa di vendere *val vendita*, essendovi un reciproco consenso, cioè un contratto sinallagmatico, con cui le due parti si obbligano l'una a vendere, l'altra a comprare. Secondo il buon senso deve inferirsi che quando invece di due obbligazioni vicendevoli ve n' è soltanto una di vendere, la promessa di vendita *non val più vendita*, e forma un semplice contratto unilaterale che di necessità ha lo stesso effetto di tutti i contratti unilaterali. Ma non han così ragionato Merlin e le Corti di Angers e di Lione; dall'essere la promessa di vendita una vendita quando vi è vicendevole obbligazione, inferiscono che essendo una sola l'obbligazione, *non val niente* ed è assolutamente nulla. La mente si confonde in faccia a sì mostruosa decisione che è contraria alla dottrina di tutti gli scrittori antichi e moderni (2).

Troplong specialmente ha con molta energia confutato tal dottrina che le più semplici nozioni bastano a far respingere. Perchè infine qualunque convenzione legalmente formata non ha forza di legge per coloro che l'han fatto (art. 1134 (1088))? Ora in che sarebbe contrario ai buoni costumi o all'ordine pubblico il contratto in cui mi obbligo a vendervi la mia casa o a comprar la vostra mercè un tal prezzo se nel termine di.... voi vi risolverete a comprare o a vendere? Senza fallo non devono confondersi la semplice pollicitazione o offerta che ho potuto farvi, e che non mi lega, i semplici discorsi. con l' obbligazione che ha voluto su di me prendere; ma riconosciuto che io mi sono obbligato, che vi è stato non un semplice discorso, ma un contratto, per qual ragione o pretesto si vorrebbe dichiarare come non avvenuto il legame a cui mi sono soggetto? Che il parlamento di Parigi dopo aver voluto l'atto doppio non solo per la pruova, ma anche per la validità delle obbligazioni sinallagmatiche abbia esteso questa bella dottrina pretendendo per fino i doppi originali per la pruova e per la validità di una promessa di vendere, non può far maraviglia: camminando nell' assurdo non si ferma sulla via; ma quel che non si comprende è, che si voglia far rivivere cotesta ultima dottrina sotto il Codice che proscrisse anche la prima (3).

(1) Angers, 27 ottobre 1829; Lione, 27 giugno 1832 (J. P., t. XXII, p. 1418; t. XXIV, p. 1212).

(2) Specialmente: Tiraquello (De Ret, conv., tit. fin.); Fachineo (*Conf.*, lib. II, cap. 7); Boerius (*Decis.*, 183); Henrys (t. I, lib. 4, cap. 6, quest. 40); Bardet (t. I, lib. 2, cap. 31); Pothier (*Vendita*, n° 477); Troplong (*Vendita*, n' 114-116); Duranton (XIII-147); Duvergier (*Vendita*, I-121-122); Bonnier (n° 561).

(3) Troplong stima che il parlamento di Parigi non abbia mai ammesso l'eresia da noi qui combattuta; ma ciò è inesatto. Gli è vero che il parlamento aveva prima stabilito i veri principi con parecchie decisioni del XVIII secolo, ma li abbandonò appresso nella decisione di cui parla Denizart, la quale annulla, perchè non si eran fatte le copie in doppio, una promessa fatta dall'Arcivescovo di Reims di acquistare l'Albergo Conti per 45,000 lire.

Notiamo qui due errori di fatto che s'incontrano negli scrittori citati nel testo.

Duvergier dice che Toullier si accosti alla dottrina che egli al pari di noi combatte. Ma Toullier non fa pur cenno di tal dottrina, anzi dice che colui il quale promette di vendere se non trasferisce la proprietà, *si obbliga a trasferirla* con un con-

Così i doppi originali che sarebbero indispensabili nella vendita propriamente detta ed anche nella promessa sinallagmatica di vendere e comprare (che secondo l'articolo 1588 (1434) equivale a vendita non saranno affatto necessari nella promessa semplice unilaterale o di vendere o di comprare, essendovi allora obbligazione da sola una parte.

Non sarebbe nemmeno necessario anche in un contratto primitivamente sinallagmatico, se eseguita immediatamente una delle *obbligazioni*, la scrittura dovesse solo raccertarne una sola. Così se io compro per 1,500 franchi che vi pago sullo istante, un cavallo che voi mi dovete appresso rilasciare, l'*atto* privato che facciamo per comprovare la vostra obbligazione e valere insieme come quitanza del prezzo pagato non deve farsi in doppio, dacchè non comprova vicendevoli obbligazioni. L'atto unico che mi rilasciate sottoscritto da voi, è allora sufficiente, poichè raccerta insieme e la vostra obbligazione e la mia liberazione del prezzo. Ma si noti, che in tal caso se l'obbligazione unica che si vuol raccertare riguardasse una somma di denaro, o una certa quantità di derrate o mercanzie (se il compratore ricevendo l'oggetto venduto, si obbligasse a pagarmi il prezzo, ovvero se la cosa venduta, che il venditore benchè ricevutone il prezzo non rilascia, fosse 50 ettolitri di frumento, 600 chilogrammi di rame, ecc.); l'atto sottoscritto da chi riman debitore dovrebbe secondo il seguente articolo scriversi per intero di mano di lui o contenere un buono che indichi in lettere per esteso la somma di denaro o la quantità della cosa.

1326 (1280 M).—La polizza o promessa *per* scrittura privata colla quale un solo si obbliga verso d'un altro a pagargli una somma di danaro o a dargli altra cosa valutabile, deve essere scritta per intiero di mano di colui che la sottoscrive, o per lo meno è necessario che la sua sottoscrizione abbia scritto di propria mano un *buono* ovvero un *approvato* indicante in lettere per esteso, la somma o la quantità della cosa.

Si eccettua il caso in cui la polizza o promessa suddetta si rilasci da mercanti, artigiani, lavoratori, vignaiuoli, giornalieri e servitori.*

1327 (1281).—Quando la somma espressa nel corpo dell'atto sia diversa da quella espressa nel *buono*, si presume che l'obbligazione sia per la somma minore, ancorchè l'atto egualmente che il *buono* sieno scritti per intero di mano di colui che si è obbligato; purchè non si provasse in qual parte sia precisamente l'errore.

tratto *posteriore* (nº 91, *in fine*). Egli dunque riconosce *che colui* che fa una promessa si è legato.

Un'altra inesattezza trovasi in Bonnier il quale crede che in una decisione di Grenoble dei 23 maggio 1829, che ci cita, si ritenga l'eresia di cui trattiamo, mentre quella che fu confermata in cassazione il 9 luglio 1834 decide esattamente un'altra quistione sebbene affine alla nostra (J. P., t. XXVI, p. 725).

* *Il corrispondente* articolo 1280 è così concepito.

« *Il biglietto* o la promessa per mezzo di scrittura privata, colla quale una sola parte si obbliga *verso l'altra* a pagarle una somma di danaro, o a darle altra *cosa* valutabile, debbe essere scritta *per intero di* mano di colui che la sottoscrive; e *per lo meno* è necessario che, oltre la sua firma, abbia scritto di propria mano un *buono*, ovvero un *approvato* indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa: altrimenti essendoci la sola sottoscrizione, varrà come principio di pruova per iscritto.

« È eccettuato il caso in cui l'atto si faccia da mercatanti, artigiani, coltivatori di campagna, vignaiuoli, giornalieri e persone di servizio ».

— La disposizione relativa al buono non deve estendersi ad altre scritture. C. S. di Napoli, 30 marzo 1824.

— Nel buono ed approvato di una obbliganza fa mestieri che si scriva anche la promessa degli interessi, 12 dic. 1833.

— Le nuove leggi non proscrivono l'obbligazione scritta in un foglio con firma in bianco. Però è inefficace se manca la causa della obbligazione. C. S. di Napoli, 1 dicembre 1849.

SOMMARIO

I. La legge onde ovviare a molti pericoli, vuol che l' atto privato che comprovi una obbligazione unilaterale d' una certa somma, di una quantità di mercanzie, indichi la quantità in numeri scritti di mano del debitore, almeno in un buono o approvato *aggiunto nel corpo dell'atto.*

II. La regola si applica sempre che una sola parte sia obbligata, fossero anche più persone. Osservazioni.

III. La regola si riferisce alla pruova, non alla validità della convenzione: conseguenza. L'atto sarebbe principio di pruova per iscritto. Rimando.

IV. Molesta eccezione che si fa alla regola per la natura stessa delle cose. — Non essendovi armonia fra il corpo dell'atto e il buono intorno alla quantità, e non potendo rilevarsi da qual parte sia l'errore, si riterrà sempre la minore.

I. — Nel nostro dritto antico si teneva esser pericoloso ammettere come pruova sufficiente di una obbligazione la semplice sottoscrizione del preteso debitore in piè della scrittura. Si è potuto dare per fiducia una carta in bianco di cui si è abusato; si è potuto scrivere la propria firma in una sopracarta di un pacco, gettarsi così per distruzione e senza scopo sopra uno straccio di carta, per modo che un maligno gli abbia scritto sopra alcune parole indicanti una promessa di un pagamento; si è potuto firmare una scrittura senza attentamente esaminarla, e sottoscrivere così una obbligazione quando men si pensava, o per lo meno una diversa da quella che si volea fare; finalmente si potrebbe da un creditore, far che il debitore sottoscriva un atto indicante l'oggetto dovuto in cifre, poi egli mutarle per indicare una somma o una quantità maggiore, come di leggieri aggiungendo lo zero si può rendere decuplo il valore espresso.

Per impedire tali inconvenienti una dichiarazione dei 22 settembre 1733 (1) stabilì una regola conforme a quella riprodotta dai nostri articoli, tranne che si applicava solo ai biglietti *fatti per valori pecuniari*, mentre il Codice pareggia qualunque promessa di *cosa valutabile*, con la qual bizzarra espressione si son distinte le derrate o altre mercanzie che si danno a peso, conto, o misura, come vien indicato dalla fine del primo paragrafo ove si parla *della quantità della cosa* (2).

Così la promessa unilaterale di pagare una certa somma o una certa quantità di mercanzie, non è abbastanza provata dall'atto che riporta il creditore, se non quando è scritto tutto intero dal debitore, o abbia almeno un buono ed approvato, che indichi in lettere per esteso e non in cifre la quantità della somma o delle cose. — E poichè la quantità deve scriversi in lettere e non in cifre nel *buono* necessario se il corpo dell'atto non sia scritto di mano del debitore, nel caso contrario deve scriversi in lettere per esteso nel corpo dell'atto: tanto in questo che in quello si potrebbero cangiare con frodi le semplici cifre: la legge che formalmente non vuole cifre nel secondo caso, non ne vuole anche nel primo. E il Codice ha espresso la regola per il buono e non per il corpo dell'atto, perchè pareva più naturale doversi indicare in lettere la quantità quando il debitore scrive egli stesso tutto intero l'atto, mentre si indicherebbe spesso in cifre da colui cui basta approvare in poche parole una scrittura che indichi già la quantità.

II. — La regola si applica ad ogni promessa unilaterale, tanto a quella per cui più debitori si obblighino nella convenzione

(1) V. il *Codice Tripier* sotto l'art. 1326 (1280 M).

(2) La giurisprudenza inclina ad ammettere che sotto questo rapporto il dettato dell'art. 1326 (1280 M) si applichi tanto alle fidejussioni che alle obbligazioni principali, tanto alle obbligazioni indeterminate che a quelle determinate. Ricorso 1° maggio 1853; Parigi, 28 dicembre 1852 e 24 maggio 1853 — *Vedi* intanto Douai, 25 nov. 1853 (J. P., 1854, t. I, p. 14; 1855, t. I, p. 591).

come una sola parte senza mutualità, come a quella in cui un solo si obblighi. Così obbligandosi in solido Pietro e Paolo a pagare la somma di... a Giacomo, è necessario che l'atto, se scritto da uno dei debitori, sia approvato dall'altro, e se scritto da un terzo, contenga il buono di tutti e due. I due condebitori rappresentano nella convenzione una sola parte, l'obbligazione è da un solo lato; quindi essendo sinallagmatico il contratto, basterebbe per ambedue un solo originale. La nostra regola in somma, come abbastanza si scorge ravvicinando i due art. **1325**, **1326** (**1279 M**, **1280 M**) si applica a qualunque obbligazione (di denaro o di quantità) che non essendovi vicendevole obbligazione, non va soggetta al doppio originale (1).

La convenzione sinallagmatica ha bisogno del doppio originale; ma non perciò essendo unilaterale si può scegliere or l'una or l'altra regola. Così, se uno si obbliga in un contratto unilaterale a pagare una somma, i contraenti non potrebbero o fare i doppi originali o tenersi alla nostra regola. Nè perchè l'atto si è fatto in doppio si contraffarebbe meno alla legge, e si avrebbe una pruova non sufficiente: le parti avrebbero compiuto una formalità non richiesta, e invece omessone una indispensabile (Toullier, n° **307**).—Ma l'una o l'altra regola si potrebbe seguire nell'ipotesi preveduta sotto l'art. **1354** (**1308**), n° IV, ultimo paragrafo, cioè quando è un contratto sinallagmatico che si esegue immediatamente da una parte, per modo che resti obbligata solo l'altra parte. Da una mano, è certo che la scrittura deve solo raccertare una obbligazione *unilaterale*, per cui anzichè la regola dell'articolo **1325** (**1279 M**) si può seguire l'altra dei nostri articoli; d'altra mano, è similmente vero che l'atto fa menzione d'un contratto *sinallagmatico* che è redatto per comprovarlo; per essersi eseguita immediatamente l'obbligazione di una delle parti, queste hanno facoltà di sostituire la regola dei nostri articoli, ma non potrebbero esservi costrette (Toullier, n° **370**).

III.—I nostri articoli siccome il precedente essendo relativi alla pruova della convenzione, e non già alla sua validità, ne segue, che essendo uno scritto firmato dal debitore, l'obbligazione sarebbe valida e pienamente efficace se altrimenti fosse provata o dalla spontanea confessione del debitore o del giuramento a lui deferito. Vedremo sotto l'art. **1347** (**1301**) che questo scritto sarebbe un principio di pruova, e faculterebbe quindi la pruova testimoniale, e quella per semplici presunzioni o per il giuramento suppletorio (art. **1353**, **1367** (**1307**, **1321**)).

IV.—La legge fa una eccezione alla regola di cui trattiamo pei mercanti, artigiani, coltivatori di campagna, vignajuoli, giornalieri, e persone di servizio.—Essa era indispensabile pei domestici, giornalieri, operaj, ecc. i quali spesso possono firmare il loro nome senza sapere scrivere, poichè se si fosse dichiarato non probante l'atto da essi non scritto o senza il buono si sarebbero costretti a cercare il notaro per atti non importanti. Per disavventura si tolgono dal patrocinio della regola quelli appunto che di più lo meritavano stante la loro poco istruzione; ma di ciò non potrebbe chiamarsi in colpa il legislatore, perocchè ciò viene dalla natura stessa delle cose (2).—Pei mercanti (ed anche pei banchieri, manifatturieri, negozianti, ec. che erano eccettuati specialmente nella dichiarazione del **1733** e che certamente il Codice vuol comprendere tutti col nome di mercadanti), l'eccezione ha un'altra causa, cioè la multiplicità dei bi-

(1) Toullier (VIII-300); Duranton (XIII-170); Bonnier (n° 550); Cassaz., 8 ottobre 1815; Cass., 6 maggio 1816.

(2) In tesi generali l'eccezione che qui fa la legge in riguardo ai coltivatori di campagna, si applica indistintamente à quanti coltivano le terre altrui o le proprie, anche con l'aiuto di persone ai loro soldi. Pure in quest'ultimo caso non va applicata l'eccezione se il grado della persona, la educazione o la importanza della cultura escludono la qualità di coltivatore di campagna—*Vedi* Caen, 14 aprile 1847—Nimes, 4 maggio 1852 (J. P., 1847, t. II, p. 387; 1853, t. II, p. 274).

glietti ch'essi devono soscrivere, e per cui la regola che porge agli altri un saggio patrocinio, potrebbe impedire l'andamento dei loro affari (1).

Quando non accordano intorno alla quantità il buono e il corpo dell'atto, il debito fino a che non sia dimostrato da qual parte sia l'errore, è provato fino alla concorrenza della quantità per cui concordano il buono e il corpo dell'atto cioè per la minore delle quantità indicate; ma se si conoscesse, non importa come, che la minor quantità è erronea e la maggiore esatta, bisogna attenersi a questa.

Nel dubbio soltanto si segue sempre la indicazione della minore quantità.

1328 (1282).—La data delle scritture private non si computa contra le terze persone se non dal giorno in cui sono state registrate dal giorno della morte di colui o di uno di coloro che le han sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata in atti stesi da uffiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizioni di sigilli o d'inventario.

SOMMARIO

I. L'atto privato non fa fede della sua data rispetto a' terzi.
II. Ma solo rispetto a questi, non mai per la parte o suoi eredi.
III. Per terzi s'intendono qui tutti quelli che hanno contratto con chi ha firmato l'atto: grosso errore di Toullier. Si mettono in armonia gli articoli 1322 e 1325 (1276 e 1279 M); errore di Ducaurroy e Duranton.
IV. La certezza legale della data deve risultare dalle tre circostanze cennate dall'articolo: errore di Toullier.
V. L'articolo si applica alle quitanze. Contraddizione di Duranton.

I.—Sebbene abbiamo detto con l'articolo 1322 (1276) che gli atti sotto firma privata riconosciuti che siano o avuti per tali fra le parti, loro eredi, e aventi-causa, son così efficaci che gli atti autentici; pure in ciò le due specie di atti differenziano, che quello pubblico raccerta legalmente la verità della data, non che tutto il resto del contenuto, dove l'atto privato acquista rispetto ai terzi cioè ai semplici aventi-causa, una data legalmente certa dal giorno in cui è stato registrato o dal giorno in cui la sua sostanza resta comprovata in un atto pubblico, ovvero dalla morte di uno di coloro che l'hanno scritto. Quindi l'atto privato fa la medesima fede del pubblico, meno che per la data rispetto agli aventi-causa pei quali è provata non dall'atto medesimo, ma da una delle tre sopraccennate circostanze.

Infatti si potrebbe facilmente mettere una data antecedente in un atto sotto firma privata. Venduta a Pietro la mia casa nel 1845 per atto pubblico, o per atto privato registrato, non sarebbe difficile combinare con frode nel 1846 un altro atto di vendita con Paolo a cui metteremmo la data del 1844; così il primo e vero acquirente sarebbe molestato. La legge adunque doveva far di tutto per garentire dalla frode i terzi interessati e rendere l'atto efficace rispetto a loro dal giorno in cui è regolarmente comprovata la sua esistenza.

II.—Rispetto ai terzi soltanto, l'atto privato non fa fede della sua data, non già riguardo alle parti e ai loro successori generali fino a che non sia provato falso. Così alcuno che sia stato dichiarato incapace (p. e. interdetto) non potrebbe pretendere per se incerta la data dell'atto privato che ha sottoscritto; e nemmeno lo potrebbero gli eredi dello incapace o di uno morto civilmente.

Gli è ben vero che l'atto emanato da

(1) Del resto il bigliętto in cui non sia nè il buono o l'approvato può dichiararsi valido come fatto da un artigiano, quantunque ciò non sia stato posto negli articoli di fatto. Ricorso 13 dic. 1833 (J. P., 1833, t. II, p. 332).

colui ch'è stato interdetto o colpito di morte civile nel 1845, e che ha la data del 1844, potrebbe essere stato soscritto nel 1846 dopo la interdizione, o la morte civile, ed avere avuta posta la data antecedente o per la imbecillità dell'interdetto, o per la frode del morto civilmente. Ma tali casi di eccezione non rientrano nè nel testo nè nello spirito della nostra disposizione. Il nostro articolo coi suoi termini non li abbraccia (perchè l'erede è un terzo rispetto al suo autore, e non si può esser terzo rispetto a sè stesso). Arroge che non doveva comprenderli ; perchè se conveniva pretendere di rigore il registro (o il suo equivalente) quando l'atto si oppone ai terzi, che han trattato con le parti, non si poteva similmente pretenderlo quando si trattava di render l'atto efficace contro la parte contraente o i suoi eredi. Era giusto che la parte con cui contraggo, ove segua la mia fede e non faccia registrare, corra il rischio di vedere il suo dritto come non esistente rispetto a quelli che potrebbero trattare appresso con me, conservando allora l'azione soltanto contro di me o dei miei eredi; ma se in tal dato caso il suo dritto dovesse venir meno rispetto ai miei proprî eredi, o a me stesso, si turberebbe ogni cosa e si guasterebbero per la molesta necessità del registro gli atti cotidiani della vita civile. La mancanza del registro (o del suo equivalente) potrà dunque opporsi dai soli terzi, e non dalle parti e loro eredi che non potrebbero negarsi di eseguire, se non quando provano la data antecedente (1).

III.—Facilmente s'intende, e noi lo abbiamo già detto per incidenza, che l'articolo comprende sotto il nome di terzi tutti coloro che hanno trattato con la persona, onde l'atto proviene, vale a dire i suoi aventi-causa a titolo particolare. Infatti, qui non si tratta di terzi stranieri a questa persona, cui non riguarda l'atto da essa sottoscritto; per costoro è indifferente che l'atto abbia o no data certa ; poichè questo atto non produce per essi alcun effetto nè pro nè contra, e si considera a loro riguardo *res inter alios acta, quae aliis non nocet nec prodest.*

Perchè possa prevalermi della mancanza di data certa di un atto, ed anche perchè siavi luogo a richiedere se possa o no prevalermene, è evidente bisognare pria di ogni altro che l'atto esista tra coloro contra i quali vuolsi che produca il suo effetto.

Adunque non si comprende come abbia potuto Toullier insegnare il contrario e sostenerlo soprattutto con ostinazione di fronte alla contraddizione che sollevò e doveva sollevare una tale eresia (tomo IX, n° 146-156, e dissert. alla fine del tom. X)».

Pretende Toullier, che qui non si tratti se non di coloro che sono terzi assolutamente parlando e affatto estranei, *penitus extranei*; di coloro che per nulla sono gli aventi-causa della persona da cui emana l'atto. Così quando voi comprate la casa di Pietro nel 1845 con atto notarile o con atto privato registrato, e due o tre anni dopo, Paolo se ne pretende proprietario, e vuole evincervi in virtù di un atto di vendita non registrato, che porta la data del 1844, voi non potreste, secondo Toullier, opporre a questo atto la mancanza di data certa; perchè siete avente-causa di Pietro e non un terzo, *penitus extraneus.*

Siccome in ultimo costrutto questa strana dottrina vuol dire, che la mancanza di data certa non potrebb' essere opposta da coloro cui era indifferente l'affare, e che non avevano alcun interesse ad opporla ; Toullier, per evitare tal controsenso, ha immaginato di affermare che i creditori di una persona non sono suoi aventi-causa, ma terzi ; che essi tengono il loro dritto non dal debitore ma dalla legge ; e che questi creditori costituiscono perciò la classe delle persone aventi ad un tempo interesse e qualità per opporre il difetto d

(1) Parigi, 28 gennaro 1830 ; Rig., 17 maggio 1831; Colmar, 30 luglio 1831; Dijon, 17 marzo 1835; Rig., 8 marzo 1836; Orléans, 25 agosto 1837; Orléans, 21 marzo 1838. Ma tutte le idee ammesse da queste varie decisioni non si dovrebbero aver tutte come esatte.

certezza della data. Ma egli è troppo evidente, che un creditore non è, nè può essere che un avente-causa del suo debitore, e che se la legge determina le regole da seguire per l'esercizio del suo dritto sui beni del debitore, questo dritto sopra i beni non è meno una delibazione, un riflesso del dritto di proprietà del debitore, di cui è il creditore lo avente-causa e il rappresentante (articolo 1166 (1119) n. I).

Ma infine, ha detto Toullier, ove agli aventi-causa si applicasse l'articolo 1328 (1282) accordando loro il dritto di non rispettare la indicazione della data, vi sarebbe contraddizione tra esso e l'art. 1322 (1276) che dà pieno effetto all'atto, così per la data che pel resto, tra le parti, loro *eredi* e *loro aventi-causa!*

Una risposta è stata data a questa obbiezione da Ducaurroy e da Duranton; ma essa non è punto esatta. I due professori hanno osservato, che l'art. 1322 (1276) dopo di avere parlato degli eredi, non intende aggiungervi che gli aventi-causa a titolo universale, diversi da questi eredi; come sarebbero i successori irregolari *ab intestato* ed i legatari o donatari universali o a titolo universale; ma non già gli aventi-causa a titolo particolare. Ciò è un errore evidente, secondo abbiamo già dimostrato sotto l'articolo 1322 (1276). Questo articolo parla di tutti gli aventi-causa senza restrizione di quelli che ripetono dal soscrittore dell'atto la causa del loro dritto; esso non distingue tra gli aventi-causa a titolo particolare e gli aventi-causa a titolo universale, come non distingue per l'atto pubblico il 1° paragrafo dell'articolo 1319 (1273) sul quale è fondato.

Nè poteva effettivamente distinguere. Poichè questo articolo non si occupa soltanto della data dell'atto, ma eziandio della sua disposizione, per modo che se fosse vero, come dicono Ducaurroy e Duranton, che non si applica che agli aventi-causa a titolo universale, ne seguirebbe, che anche in massima e in un modo assoluto e indipendentemente dalla quistione di data, l'atto privato sarebbe senza valore per gli aventi-causa a titolo particolare delle parti contraenti!

Bonnier ha dunque avuto ragione di rigettare la dottrina dei due suoi colleghi e di adottare la risposta data dal Troplong.

Ben semplice è la risposta, e facilmente si conciliano i due articoli 1322 e 1328 (1276 e 1282). Senza fallo l'artic. 1322 (1276) parla degli aventi-causa a titolo particolare come degl'altri, e quindi un tale può allegare l'atto privato con cui ha comprato il podere di Pietro, contro di me a cui questi ha egualmente venduto il medesimo podere. Ma perchè io sia obbligato a rispettare l'atto del mio avversario, e di patirne la esecuzione, è necessario che io sia realmente rispetto a lui avente-causa di Pietro. Or quando ho comprato il podere di Pietro il 1° febbraro 1845, non sono il suo avente-causa rispetto a tutti, e per tutti gli atti che egli ha consentito in qualunque tempo, ma soltanto per quelli che aveano trattato con lui innanzi il 1° febbraro 1845; non sono altro che un terzo per dopo quel tempo. Dunque, se il mio vicino esibisce un atto di vendita del 1844, deve provare che l'atto sia realmente di quell'anno, e che emani quindi da uno di cui io sia avente-causa; fino a tanto che non si fonda sopra una data certa, egli si rigira in un cerchio vizioso, secondo ben dice Troplong.

Del resto comprendesi che lo strano errore di Toullier, non ostante gli sforzi che egli abbia durato per il suo trionfo, è stato sempre rigettato dalla giurisprudenza, come dagli altri scrittori (1).

IV.—Toullier cade in un altro errore, certamente molto più grave, ma che ci sembra egualmente incontrastabile, insegnando (VIII, 241-243) che le tre cause indicate dal nostro articolo, per le quali rendesi legalmente

(1) Nimes, 11 febbraro 1822; Cass. (d'una decisione di Grenoble), 27 maggio 1823; Rouen, 12 aprile 1825; Rig., 20 febbraro 1827; Tolosa, 7 luglio 1831; Grenoble, 19 maggio 1833; Bastia, 24 giugno 1833. Del resto se esatte sono coteste decisioni, non lo sono sempre le loro ragioni motive.

certa la data dell'atto, sono poste per modo d'esempio, e che la data dovrà dichiararsi certa quando le circostanze dimostreranno impossibile quella antecedente.

Così quando uno di coloro che ha sottoscritto, ha perduto ambe le mani, o quando è disparso senza nulla più sapersene al mondo, o quando è partito per un viaggio oltre ai mari, Toullier vuole che, dal giorno di tale avvenimento, l'atto faccia fede della sua data, per guisa che la quistione della certezza della data, non sarebbe più quistione di dritto, ma di fatto; una semplice valutazione, se possibile o no sia la data antecedente. Senza dubbio, il sistema del legislatore avrebbe dovuto esser questo; ma egli ne adottò un altro, e i lavori preparatori del Codice ben dimostrano che, bene o male, si vollero restringere i casi oltre ai quali i giudici non potrebbero più dichiarare incerta la data.

Il nostro articolo infatti, che nel progetto (in cui portava il n° **217**) ammetteva che il registro o la morte raccertassero la data, fu censurato, quando si disculeva, come *incompleto*, e perchè non offriva, fu detto, tutte le circostanze che possono provare la certezza della data. Questo solo fatto è perentorio, perchè se la disposizione voleva farsi indicativa e non limitativa: se si volea che il caso di morte fosse posto come esempio, e che questo punto di fatto si lasciasse al criterio dei magistrati che dovrebbero esaminare, se la data antecedente fosse o no possibile dal giorno dello avvenimento, la legge non sarebbe stata certamente incompleta. E nemmeno avrebbe potuto discutersi se si dovesse aggiungere un terzo caso ai due già preveduti. Pure si fece, rimandatosi l'articolo alla sezione per esaminarsi la ammenda di Berlier, il quale proponeva di aggiungersi il caso della apposizione dei suggelli, dicendo non poter bastare una *semplice menzione* in un atto pubblico, che non farebbe conoscere il *tenore* della scrittura (Fenet, tomo XIII, pag. **38** e **1117**).

La sezione, rendendo generale l'ammenda di Berlier, e prevedendo l'inconveniente da lui notato, ammise come terza causa di legale certezza il riferimento che si fa in un qualunque atto pubblico, verbale di sequestro, o altro, della *sostanza* dell'atto privato.

Adunque, nei tre casi preveduti, il legislatore ha voluto riconoscere nell'atto una data certa rispetto ai terzi, secondo è comune dottrina degli scrittori e delle decisioni (1).

(1) Duranton (n° 131); Favard (*Rep.*, *Atto sotto firma privata*); Rolland de Villargues (*ibid.*, n° 56); Dalloz (art. 2, § 1, n° 11); Zachariae (V, p. 680); Bonnier (n° 573); Cass., 27 maggio 1823; Tolosa, 7 luglio 1831; Grenoble, 9 maggio 1833; Bordeaux, 4 agosto 1836; Angers, 18 febbr. 1837; Douai, 11 agosto 1837; Nimes, 27 maggio 1840; Agen, 4 dicembre 1841; (Dev., 32, 2, 646; 33, 2, 506; 37, 2, 100; 38, 2, 106; 39, 2, 426; 40, 2, 405; 43, 2, 1135).

Toullier nell'ultima sua edizione, dopo riferita la decisione del 1823 (VIII, n° 242, nota), aggiunge: « Quindi qualunque discussione deve oramai aver fine ». E perchè? perchè decisa una quistione dalla Corte suprema, si dovrà fare un atto di fede nè darsi più luogo allo esame! Non si comprende cotesta frase in bocca di Toullier che raccomanda tanto agli altri, e dichiara di osservare egli medesimo scrupolosamente la buona massima *nullius addictus jurare in verba magistri*.

Certo fu grandissima autorità la Corte Suprema, ma anch'ella può ingannarsi, e più d'una volta è incorsa in errore, avendo giudicato ora in un senso ora in un altro la medesima quistione. Per non ricordare qui la quistione dell'adozione dei figli naturali, quella della riserba dell'erede che ha rinunziato, e molte altre, abbiamo il bel destro di citarne una, che, letta nelle raccolte, ci addolorò profondamente.

Il 17 agosto 1841 la Camera dei ricorsi ne ha rigettato uno giudicando, uniformemente alle conclusioni generali dell'avvocato generale Pascalis, che il matrimonio contratto dal francese in paese straniero e non pubblicato in Francia è nullo in forza dell'articolo 170 (156 M) del Codice Napoleone. Il giorno dopo, 18 agosto 1841, ne ha rigettato un altro giudicando, non ostante le contrarie conclusioni dello stesso avvocato generale, che il matrimonio fatto in paese straniero e non pubblicato in Francia non è nullo per l'art. 170 (156 M)! E quel che più è da notare, le ragioni motive di quest'ultima decisione erano appunto quelle che per la stessa tesi erano state messe innanzi da una decisione di Rennes del 1834 cassata il 6 marzo 1837 (Ved. Devilleneuve, 1841, I, 682, 683; 1837, I, 177).

La Corte di cassazione adunque può ingannarsi; e lo scrittore, convinto da uno errore da lei commesso, deve combatterlo con maggiore energia, perchè proviene da una autorità così rispettata. Per quanto sia in alto posta la Corte regolatrice, la verità sta più in su. Però qui, come sempre, abbiamo combattuto la dottrina di Toullier, non con l'autorità della decisione in faccia a cui egli si inchina, ma per l'autorità della ragione e non tenendo conto della quasi ritrattazione che vi è nella sua frase.

Così l'atto *non avrà* data certa *che dal giorno* del registro, o dalla morte di uno di coloro che han sottoscritto (sia una parte o un testimone, non importa) o dal riportarsi la sua sostanza in un pubblico atto; ciò è che la sua data rispetto ai terzi sarà quella del tal giorno, in cui si reputerà essere stato sottoscritto.

Gli scrittori unanimemente riconoscono, e il maggior numero delle decisioni similmente ammettono, non doversi la regola del nostro articolo applicare a semplici quitanze. Il punto è per fermo assai delicato, perchè pareva ben difficile escludere dalla disposizione del nostro articolo che non distingue, questa o quell'altra specie di atti. Ma secondo noi dee abbracciarsi la universale sentenza.

Non perciò adottiamo tutti i motivi che han dato i varî scrittori. Così ci sembra di nessuna importanza l'argomento che fa Duranton per il caso in cui si è ceduto un credito che il debitore pretende aver pagato, dando al cessionario una quitanza senza data certa, cioè che il cessionario è avente-causa del cedente, e che quindi è tenuto secondo l'art. 1322 (1276) a rispettare l'atto sottoscritto da costui senza potere opporre la incertezza della data (XVI, 804). Esso è di nessuna importanza, dappoichè il cessionario, come qualunque altro avente-causa, ha tal qualità per gli atti fatti dal cedente innanzi di concedere il dritto da lui acquistato, permodochè appunto per la legale certezza della data (antecedente alla cessione) apposta nella quitanza, egli sarebbe divenuto avente-causa del cedente in riguardo al debitore, come noi abbiamo spiegato al n° IV.—Ma oltre a ciò, Duranton da cui solo si è fatto cotesto argomento, era proprio il solo che non dovea farlo, perocchè egli, onde combattere Toullier, sostiene che degli aventi-causa a titolo universale parla l'art.1322 (1276), e ciò è appunto l'errore contrario. Non sa spiegarsi come il celebre e dotto professore possa incorrere nello errore di Toullier, mentre lo combatte con tanta energia altrove con l'errore opposto.

Ma noi, tuttochè non ammettiamo alcuni motivi, ci accostiamo alla universale opinione, sembrandoci impossibile che il legislatore abbia voluto dichiarar soggette al registro le semplici quitanze, le ricevute di somme di danaro, per le quali universalmente basta la firma del creditore; se le quitanze di pigione, le ricevute di decorsi o interessi, debbono aver forza probante soltanto dal registro, si guasterebbero le abitudini ben note di tutti i cittadini.

Non crediamo che la legge abbia ciò voluto tanto più che l'eccezione esisteva nell'antica giurisprudenza (1); i compilatori avrebbero di certo fatto qualche osservazione (e nessuna ne han fatto), se ella si fosse dovuta togliere di mezzo.

Noi dunque opiniamo non applicarsi la regola agli atti che comprovano semplicemente un pagamento ricevuto (2).

Delvincourt, Troplong e Bonnier stimano potersi dichiarar valida la quitanza, non ostante la incertezza della data, solo quando il debitore l'oppone immediatamente. Noi non potremmo adottare cotal restrizione, sembrandoci che, riconosciutosi inapplicabile il nostro articolo, valuterà in fatto il magistrato in tutta la sua latitudine secondo le diverse circostanze se la data sia falsa o sincera. Ammesso intorno a ciò il silenzio della legge, sarebbe arbitrario e pericoloso insieme di costringere la libertà del valutare che ha il magistrato.

(1) Charondas (Osservazione alla parola *Cessione*); Bourjon (lib. 3, tit. 3, sez. 2, n° 12); Ferrières (art. 108, Cons. di Parigi); Rousseau de la Combe (alla parola *Trasporto*, n° 20).

(2) Toullier (VIII, 249, 250); Delvincourt (III); Duranton (XVI-504); Troplong (*Vendita*, II-920); Duvergier (*Vendita*, II-204); Zachariae (II, p. 559); Bonnier (n° 570); Besançon, 15 febbraro 1827; Bourges, 3 febbraro 1836; Cass., 14 nov. 1836; Nimes, 5 gennaro 1837; Rig., 5 ottobre 1839; Tolosa, 5 giugno 1840 (Dev., 36, 1, 883; 37, 2, 11; 39, 1, 952, e 2, 225; 40, 2, 340).

2. Delle scritture efficaci senza firma.

1329 (1283).—I registri dei mercatanti non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate, contra quei che non sono mercanti; salvo ciò che si dirà a riguardo del giuramento.

1330 (1284). —I libri de' mercatanti fanno pruova contra di essi; ma colui che vuole trarne vantaggio, non può scinderli in ciò che contengono di contrario alla sua pretensione.

SOMMARIO

I. I registri di un commerciante possono far deferire il giuramento suppletorio per le obbligazioni dei non commercianti.
II. Ma non possono far ordinare la pruova testimoniale. Errore di Toullier.
III. Fanno piena pruova per le obbligazioni del commerciante.

I.—I registri dei mercatanti sono uno dei mezzi legali di pruova piena contro gli altri mercadanti (Codice di commercio, articolo 12 e 109 (24 M, 108)), e ciò è giustissimo essendovi reciprocanza fra le parti. Ma non hanno nè debbono avere la medesima forza contro i non mercatanti rispetto ai quali essi sono soltanto un principio di pruova per cui il giudice può deferire il giuramento suppletorio.

È questo evidentemente il senso dello art. 1329 (1283). Imperocchè dapprima la legge dicendo che i registri *non fanno pruova* salvo le regole intorno al giuramento, intende chiaramente che essi i quali non fan piena pruova, possono almeno far deferire il giuramento. Da altra parte non si può qui trattare del giuramento deferito da una parte all' altra, poichè ciò si può fare senza alcun principio di pruova (art. 1360 (1314)) e senza che esistano affatto registri, il qual giuramento vien detto *decisorio* perchè per esso solo vien decisa la lite. Certamente si tratta del giuramento che per una enunciazione annotata nel registro, può il giudice deferire all' una o all' altra delle parti, quando la domanda non è affatto sfornita di pruova (articolo 1367 (1321)), il qual giuramento chiamasi per questo *suppletorio*. Questa regola altronde è stata riprodotta dall'antica giurisprudenza.

II.—Intorno a ciò tutti convengono; ma è dubbio se la enunciazione annotata nei registri permetta pure la pruova testimoniale ond e stabilire la verità delle somministrazioni.

Toullier (VIII, 369, IX, 70) sostiene del sì; perchè, secondo egli dice, la legge che permette si deferisca il giuramento suppletorio al mercatante attore, permette quindi *a fortiori* la pruova per testimonî, essendovi certamente men rischio nel rimettersene ai testimonî che allo stesso attore.

Cotesto errore è stato rigettato dagli altri scrittori, che trattarono la quistione.

É permesso di deferirsi il giuramento suppletorio, per ciò che la domanda della parte non è del tutto sfornita di pruova (articolo 1367 (1321)); mentre non si può ammettere pruova per testimonî, se non quando vi ha ciò che dicesi *principio di pruova per iscritto* (art. 1347 (1301)) ; ma ciò il Codice riconosce solo nelle scritture che emanano da colui *contro cui si è fatta la domanda* (medesimo articolo).

E ragionevolmente doveva usarsi maggiore severità per la pruova testimoniale che pel giuramento suppletorio. Difatti mal suppone Toullier, che il giuramento sarà necessariamente deferito all'attore, al mercatante; potendo il giudice deferirlo a chi vuole: egli secondo le circostanze, la condizione, e il carattere delle due parti farà giurare il mercatante che ha dato la somministrazione, ovvero l'altra parte che non l'ha ricevuto. Se al contrario l'annotazione

del registro potesse far ammettere la pruova testimoniale, un mercadante di mala fede potrebbe facilmente farsi pagare ciò che non gli sarebbe dovuto, scrivendo falsamente su i suoi registri di aver fatto la consegna, e producendo poi all'uopo, quali testimonî del fatto, alcuni suoi compari. Dippiù, sebbene Pothier credesse altra volta che la pruova testimoniale dovesse in questo caso ammettersi, una contraria giurisprudenza si seguiva al Castelletto in cui un giuramento, come si legge nel libro di Danty (cap. 8, note), era deferito *ai borghesi* contro i libri dei mercadanti. Pothier medesimo muterebbe oggi sentenza, poichè il principio di pruova per iscritto, che nell'antico dritto non era definito, è oggidì l'atto *che emana da colui contro il quale si è fatta la domanda.*

I lavori preparatorî del Codice non fan dubitare che sia stata questa la volontà del legislatore: « Quanto alle persone che non sono commercianti, leggesi nella esposizione dei motivi (di Bigot Preameneu) si è dovuto conservare la regola per la quale nessuno può fare un titolo a se stesso... I mercadanti *non hanno altro dritto* che di pretendere il giuramento di coloro che inforserebbero la loro domanda ». Bigot si esprime in vero con poca esattezza, e parrebbe che egli intendesse parlare del giuramento decisorio. Doveva dire *di far deferire il giuramento.* Ma è ben chiaro in fine che si può solo deferire il giuramento e che la pruova testimoniale è esclusa. « Contro i non mercadanti, dice il rapporto al Tribunato, i registri *possono solo servire* perchè il giudice si determini a deferire il giuramento » (Fenet, tom. XIII, p. 295 e 388). Da ultimo Maleville, che fu uno dei compilatori, analizzando il nostro articolo (tom. III, p. 158), tuttochè annunzî la inesattezza delle parole del suo collega Bigot, spiega pure che il registro può solo far deferire il giuramento suppletorio (1).

III.—Però i registri fan pruova completa per le obbligazioni che risultano contro il mercatante medesimo; se non che la enunciazione, della quale lo avversario di lui può giovarsi, deve prendersi tutta insieme, non potendo scindersi quel che gli giovi da quello che gli sia contrario.

1331 (1285).—I registri e le carte domestiche non formano pruova a favore di colui che le ha scritte: fanno però fede contro di lui:

1° in tutti i casi ne'quali enunciano formalmente un pagamento ricevuto;

2° quando contengono una espressa menzione di aver fatto tal notamento per supplire la mancanza del titolo a favor di colui a vantaggio del quale esprimono una obbligazione.

SOMMARIO

I. Le carte domestiche fanno fede contro colui che le ha, quando enunciano la estinzione di un suo credito, ed anche, ma con una condizione, quando enunciano una obbligazione contro di lui.

II. Nel primo caso la scrittura, sebbene cancellata, conserverebbe la sua forza; secus *nel secondo. Perchè la legge vuole nel secondo e non nel primo la condizione.*

III. Le carte non fan mai fede in pro di colui che le ha; ma non si possono scindere le loro menzioni. Censura di un passo di Bonnier.

IV. Continuazione.

V. Che cosa s'intenda per carte domestiche. Errore di Toullier, Rolland de Villargues e Bonnier.

VI. Del caso in cui il padrone del registro dice di non averlo o non vuol presentarlo.

I.—I registri, i giornali, i cartolari ed in generale tutte le carte domestiche, che

(1) *Conf.*, Boncenne (*Proc.*, 4, p. 184); Bonnier (n° 634).

i non commercianti tengono alle volte per darsi ragione dei loro affari, non offrono la medesima presunzione di esattezza, nè hanno quella forza probante dei registri che i mercatanti debbono per legge avere, essendo determinato il modo con cui debbono tenersi (Cod. comm. (art. 8, 11 (16, 18)) ; pure le carte domestiche non sono del tutto sfornite di ogni forza probante.

A differenza dei libri di commercio, essi non fanno mai fede in favore di colui da *cui son tenuti*, ma fan fede contro di lui *in due casi*: 1° quando nel registro si enuncia che lo ammontare del debito di un terzo è stato ricevuto, ciò prova abbastanza che l'uno abbia ricevuto, e che il debitore *siasi liberato* ; 2° quando si enuncia una obbl*igazione* in favore di un terzo, la legge crede soltanto essere prova sufficiente che esista una obbligazione, allorchè si è espressamente detto che con quel nota*mento si* è voluto supplire alla mancanza del titolo del creditore ; per modo di esempio « M. P... mi ha dato in prestito oggi 500 franchi ; io qui lo noto perchè egli non ha voluto da me alcuna scrittura ».

II. — *Gli* scrittori con ragione insegnano che i due casi differenziano moltissimo fra loro; nel primo la scrittura quand' anche cancellata conserverebbe tutta la sua forza, nel secondo sarebbe senza alcun valore. Infatti, quando avete notato sul registro di *aver ricevuto* lo ammontare di quel credito, *gli è questo* un fatto a cui nulla tolgono le raschiature fattevi da voi alcune settimane o alcuni mesi dopo: la mia liberazione provata che è dalla scrittura, che sebbene cancellata pur si legge, esiste necessariamente sempre. Quando al contrario avete scritto che siete debitore a *me di* 500 franchi per un imprestito di cui *non ho* voluto ricevere alcun titolo, e a raccertare il quale voi scriveste la nota, la raschiatura fatta appresso da voi nel vostro notamento, non fa credere che i 500 franchi non vi siano stati dati in prestanza, ma invece che siano stati restituiti da voi, e che quindi voi non siete più obbligato.

Per cotesta differenza ben si comprende quella che fra i due casi fa il nostro articolo: la enunciazione di un pagamento ricevuto è per se sola una pruova sufficiente, dove la enunciazione di un debito fa pruova che un debito esista, quando si dice che con quella scrittura si voglia supplire alla mancanza del titolo verso il creditore. È questa la mente del legislatore.

Se io fo menzione sul mio registro di un pagamento ricevuto, non c' è altro a dire; tal menzione in qual siasi tempo e in qualsiasi stato si legga, indicherà sempre che il pagamento è stato fatto, che il debitore quindi è liberato. Non giova dunque il sapere, se io abbia scritto la mia nota per servire di quietanza al mio debitore, non importando se io l' abbia scritto a tal fine, o solo come notizia per me. Ma la cosa è diversa quando si fa menzione di un debito : se la ho fatto come una notizia per me, dando forse altronde un biglietto al mio creditore, ho potuto dopo qualche tempo, pagato il credito, ritirare solo il mio biglietto (forse distrutto poi o perduto) senza cancellare quella menzione che doveva servire per me solo. La legge quindi non poteva chiedere che io fossi condannato a pagare, per essersi conservata intatta sul mio registro quella menzione. Al contrario, se ho fatto menzione che io scriveva la nota nell'interesse del mio creditor, e per formargli il suo titolo, non si può ammettere che io abbia pagato senza cassare quel titolo, e fino a che la scrittura è integra, deve tenersi ch'io sia ancora debitore.

Cotal differenza, benchè censurata da distinti professori, sembra a me, come pure a Demante (*Programma*, II-807) perfettamente razionale.

III. — I registri e le carte domestiche, se fan pruova contro il loro autore, non possono mai farne in qualsiasi modo in favore di lui.—Così, se il preteso creditore di una rendita, a cui rispondo di non dover nulla, allegando la prescrizione, sostiene che vi sia stata inter-

ruzione per cagione di pagamento di decorsi fatti da me, e poi negati, non potrà far di ciò pruova col suo registro.—Indarno egli direbbe doversi dar fede al registro, poichè pruova un pagamento fatto da me. Senza fallo, il registro farebbe pruova se il pagamento fosse allegato da me e negato da lui, ma diventa inefficace (1), poichè son io che nego il preteso pagamento, come anche le sue conseguenze; e il registro proverebbe il pagamento contro di me e a mio danno.

Bonnier (n. 605 infine) stabilito il principio, che il registro non fa mai fede in favore di colui che lo tiene, aggiunge: « Indarno egli pretenderebbe che sia *indivisibile* il titolo, e che *la medesima menzione* la quale comprova di essersi estinto il credito, comprova un debito contratto in favore di lui dall'antico creditore; *le due menzioni* possono benissimo separarsi ». Allega dipoi una decisione di cassazione dei 16 dicembre 1833.

Queste idee che non si comprendono, non essendo bene svolte, espresse in modo vago, ed anche alcun poco contraddittorie (poichè si parla prima di una *sola e medesima menzione*, e poi si dice di potersi separare *le due menzioni*), queste idee son vere o false secondo il senso che l'onorevole professore volle dare alla frase. Se egli ha voluto dire che essendovi due menzioni distinte ed indipendenti, quella contraria al padrone del registro fa pruova, e non già quella che gli sia favorevole; che essendo una sola la menzione, espressa anche con frasi diverse, è indivisibile, ma non così che se ne possa fare un titolo di credito in favore del padrone del registro contro il suo avversario; la dottrina di lui, se tale, è esatta, e conforme alla decisione del 1833.

Ma se egli ha voluto dire che la menzione composta di più parti (ovvero un composto di menzioni che riguardano il medesimo affare) sia divisibile, e che si debbano tenere come efficaci le indicazioni che fan pruova contro il padrone del registro, senza tener conto di quelle che fan pruova in favore di lui, la sua dottrina è falsa e contraria alla decisione da lui allegata.

IV.—Il fin qui detto si comprenderà meglio con un esempio.

Pietro sostiene che io gli debba 500 fr. per resto del conto che esiste fra noi, e di cui l'unica pruova secondo lui è nel mio registro. Bisognerà certamente prendere tutto insieme il conto, le enunciazioni dei pagamenti da me fatti, non che quelle delle somme che io ho ricevuto; e se tutte queste cose porgono che io abbia pagato appunto una somma uguale a quella ricevuta, sarà provato che io nulla più devo. Ciò è evidente, e la *indivisibilità* della notizia, portata dal mio registro, è così certa in questo caso, quanto in quello del precedente articolo pei registri dei mercatanti. — Infatti, se si potessero dividere le indicazioni del registro, e rendere efficaci le une che favoriscono il mio avversario, e inefficaci le altre, quegli potrebbe domandarmi, in forza del mio registro, non solo questa o quella delle somme da lui pagate, ma tutte insieme. E direbbe: nel vostro registro è indicato di aver ricevuto voi in due pagamenti la somma di 32,000 franchi e in ciò fa pruova contro di voi, giusta il nostro articolo; il medesimo registro indica pure, è vero, pagamenti fatti da voi, ma in ciò non ha forza probante, poichè secondo il nostro articolo, il registro non fa fede per colui che lo tiene; dunque il vostro registro per se solo, e senza alcun'altra pruova vi fa mio debitore di 32,000 franchi. Il nostro articolo certamente non ha voluto stabilire una regola tanto mostruosa: il mio registro fino a che si tratta del medesimo conto, del medesimo affare, della medesima quistione, fino a che si tratta di una sola menzione o di più intimamente legate fra loro, fa piena pruova in mio vantaggio per distruggere ciò che contro di me è stabilito da enunciazioni identiche o corre-

(1) Rennes, 18 dic. 1840; Rig., 11 maggio 1842; (Dev., 1842, I, 719).

lative ; in altri termini : il registro è *indivisibile* nel caso del nostro articolo come in quello del precedente. Ma il mio registro non può (in ciò differisce da quello del mercatante, e questo si vuol dire dal nostro articolo) far pruova o principio di pruova in mio favore, trattandosi di distruggere ciò che egli solo ha stabilito contro di me. Così, se il mio registro allegato da voi per la pruova del mio preteso credito, o di 32,000 fr. o soltanto di 500 , indica aver io ricevuto 32,000 fr. ed averne pagato 32,479; esso fa pruova ch'io mi sia liberato dei 32,000 franchi , ma non potrò in forza del registro farvi condannare al pagamento dei 479 fr. che sono di più di quelli da me ricevuti.

Così il registro non fa fede per colui che lo ha scritto: non può mai servirgli, e può essergli opposto; esso può servire all'avversario, e non può nocergli. Ciò non importa però che l'avversario può a sua scelta prendere alcune delle enunciazioni relative all'affare , lasciando le altre. Egli deve prendere tutto il complesso delle enunciazioni, che è per forza indivisibile: se gli giova , ne trarrà profitto; se gli nuoce, lo lascerà, ma senza che si possa allora rivolgere contro di lui.

È questo il senso dell'articolo ed è pure questa la dottrina della decisione del 1843: « Attesochè, si dice, Gaudriot in sostegno della sua domanda riconvenzionale aveva prodotto i suoi libri e le carte domestiche, e che, conforme all'art. 1331 (1285) cotali registri non fan titolo per colui da cui emanano; che la Corte reale di Dijon ha condannato l'attore a pagare, perchè il convenuto esibì semplicemente i suoi libri... che se la esibizione delle carte domestiche fatta dal convenuto *abbia potuto liberarlo dalla domanda*, non ha potuto in suo favore stabilire un titolo da renderlo creditore; che *pronunziando quindi la condanna dello attore*, mancando ogni altra pruova, a pagare al convenuto la somma di 479 fr. di cui quegli aveva fatto domanda riconvenzionale, la Corte reale ha apertamente contraffatto all'articolo 1331 (1285) del Cod. civ.; annulla la decisione , *ma solo nella disposizione che ha pronunziato la condanna dell'attore al pagamento dei 479 franchi* » (1). La Corte di cassazione conferma la decisione di Dijon perchè non fatta buona la domanda dell'attore lo condannava alle spese ; quindi riconosce che i registri, trattandosi di menzioni che riguardino il medesimo affare, fanno pruova in favore di lui che li scrive, affin di distruggere ciò che è provato dalle correlative menzioni: in altri termini che sono indivisibili le notizie dei registri. Dunque la menzione non può mai servire al padrone del registro contro il suo avversario; ma, si badi bene, la menzione intera presa tutta insieme. Alla prima regola, che la menzione non può mai servire al suo autore, segue quest'altra, che la menzione non può dividersi; le quali due regole si racchiudono in quest'una idea: la menzione presa necessariamente tutta insieme, fa pruova contro il suo autore, ma non mai in favore di lui.

V. Ma quali sono propriamente le scritture che si devono comprendere fra le *carte domestiche*? S'insegna dagli scrittori essere soltanto i registri, i libretti o cartolari (2) e non già i fogli volanti.

Sembrandoci troppo assoluta tal decisione , crediamo , che vi si dovrebbero alle volte comprendere, secondo le circostanze, le scritture sopra semplici fogli volanti. Non sarà ciò molto frequente: il foglio che si trova presso il creditore, e che enuncia un pagamento ricevuto, quand'anche fosse scritto e sottoscritto da lui, sarà spesso una quietanza da lui preparata per un pagamento che non gli è stato fatto; come pure il foglio su cui riconosceva avere dato in prestito una somma ad alcuno.—Ma delle volte la enunciazione del foglio volante può provare la li-

(1) Dev. e Car. , 1834 , I, 123; J. P., alla data del 16 dicembre 1833.

(2) Toullier (VIII-337 e 399) ; Rolland de Villargues (alla parola FOGLI VOLANTI) ; Bonnier (numero 604).

berazione, ovvero il credito del terzo. Così per esempio, se in un foglio si dice: » M N... mi ha restituito la settimana scorsa i 5 mila fr. dovutimi »; « M N mi ha prestato jeri 500 fr. e non volle alcuna scrittura: questa nota terrà avvisati i miei eredi, se io morissi »; enunciazioni cotanto precise farebbero la più bella pruova della liberazione o del credito del signor N; non si potrebbero esse certamente disconoscere come efficaci, benchè scritte sopra un foglio volante. La Corte suprema riconosce implicitamente come sia inesatta la contraria regola (1).

E se alle volte le note di alcuno potessero aver la efficacia, di cui tratta il nostro articolo, anche scritte sopra semplici fogli volanti, viceversa anche potrebbero alle volte rimanere inefficaci, benchè scritte sul registro; come per esempio, se la nota fosse scritta da altra mano di quella che scrisse le altre menzioni del registro, e paresse scritta dopo.

Dunque, secondo le abitudini di persona, come diceva al tempo della precitata decisione l'avvocato generale Laplagne-Barris, e secondo le altre diverse circostanze si dovrà decidere se la scrittura sia o no una carta domestica, cioè destinata dal padre di famiglia a raccertare lo stato dei suoi affari.

VI.—Il nostro articolo, dichiarando che i registri domestici fan pruova in vantaggio dello avversario di colui che li tiene, consente che questi possa domandarne la esibizione. Per disavventura un uomo di mala fede potrà facilmente dichiarare di non avere tenuto registro o di aver perduto quello che teneva; e potendosi ben di rado provare il contrario, la parte avversa dovrà ricorrere allo spediente di fargli deferire il giuramento intorno all'esistenza del registro. Se il padrone del registro, provatosi dall'avversario, o confessatosi da lui che ne esista uno, negasse di esibirlo, il suo rifiuto farebbe in certo modo verosimile la pretensione dello avversario, e formerebbe un principio di pruova, per cui il giudice potrebbe ricorrere al giuramento suppletorio (art. 1367 (1321)).

1332 (1286).—Qualunque annotazione scritta dal creditore nella fine, nel margine o nel dorso di un titolo che sia continuamente restato presso di lui, fa fede, quantunque non l'abbia sottoscritto nè vi abbia apposto la data, quando tenda a dimostrare la liberazione del debitore.

Lo stesso ha luogo per l'annotazione scritta dal creditore nel dorso, nel margine o appiè del duplicato di un titolo o di una quittanza; purchè tal duplicato si trovi presso del debitore.

SOMMARIO

I. Annotazioni non firmate poste dal creditore sopra il suo titolo o su quello del debitore. L'articolo è mal redatto e difficile ad interpetrarsi. Gli scrittori mettono innanzi tre sistemi.
II. Confutazione del sistema di Demante e di una parte di quello di Delvincourt.
III. Confutazione della seconda parte del sistema di Delvincourt e di quello di Toullier, Duranton e Bonnier.
IV. Confutazione della seconda parte dell'ultimo sistema. Strana inesattezza di Bonnier.
V. Epilogo della interpetrazione dell'articolo.

I. — Il Codice avendo parlato 1° delle menzioni fatte sui registri dei commercianti, e 2° di quelle che presentano i registri o altre carte domestiche, onde por fine a ciò che concerne le carte non sottoscritte, parla in terzo ed ultimo luogo, della annotazione scritta nel titolo stesso del credito, sia nella fine o nel dorso o nel margine della scrittura che ne forma il titolo; non importando del luogo.

Del resto, tratta di essa annotazione in quanto enuncia la liberazione del credi-

(1) Cassazione d'una decisione di Lione, 9 novembre 1842 (Dev., 43, 1, 704-707).

tore, ma non in quanto possa enunciare un accrescimento del credito. Noi, spiegato il testo, diremo alcuna cosa intorno a questo secondo caso.

Tutti gli scrittori, sebbene dica il contrario Bonnier (nn. 609, 610), son lontani dal convenire nella spiegazione di questo articolo. Tre sistemi si son messi innanzi.

Toullier (VIII, 353); Duranton (XIII, 212, 218); e Bonnier (loc. cit.); insegnano, senza badare al modo con cui sono compilati il primo e secondo paragrafo, doversi sempre seguire la dottrina di Pothier, sebbene molto contraria al testo. Quindi, sebbene il primo paragrafo renda efficace a liberare una annotazione scritta *dal creditore* sul titolo *rimasto sempre in suo possesso*, vien deciso da cotesti scrittori, bastare una delle due condizioni, non importa quale; sarà provata la liberazione se le parole che la enunciano sono scritte dal creditore, sia o no rimasto il titolo presso di lui; e similmente, essendo il titolo rimasto sempre presso il creditore, l'annotazione farà pruova della liberazione, sia scritta o no da lui. Essi dicono parimente, nel caso del secondo paragrafo, doversi la parola *purchè*.... togliere di mezzo, non importando in quali mani si trovi il duplicato su cui il creditore ha enunciato di sua mano la liberazione del debitore. Dunque tre mutamenti eglino han fatto alle disposizioni del nostro articolo. Delvincourt (sez. 1, § 1, note), ne ammette un solo dei tre, tenendo pure come inutili nel primo paragrafo le parole *dal creditore*; e che essendo rimasto presso il creditore il titolo in cui è l'annotazione che enuncia un pagamento ricevuto, non importa da chi la sia stata scritta. Ma sta alla legge intorno agli altri punti, cioè, vuole che il titolo sia sempre rimasto presso il creditore nel caso del primo paragrafo, e presso il debitore nel caso del secondo. Demante infine (*Prog.*, II, 808, 809) rigettato il mutamento proposto da Delvincourt, non che gli altri due, scrupolosamente si attiene, intorno ai tre punti, al testo del nostro articolo.

Noi non seguiamo nissuno dei tre sistemi; i due primi ci sembrano arbitrarî, e valgono a sostituire la mente dell'interpetre a quella del legislatore, l'ultimo ci sembra ricader nell'estremo opposto, e sconoscere lo spirito della legge per un rispetto esagerato del suo testo. Ci accostiamo ai tre primi scrittori, e non a Delvincourt ed a Demante, ritenendo che ove l'annotazione è stata scritta sul titolo di mano del creditore, non può pretendersi che il titolo sia rimasto presso di lui; ma crediamo, difformemente da Toullier, Duranton e Bonnier, che eccettone questa sola idea, debbano seguirsi le disposizioni del testo. Quando la ragione, e il combinarsi fra loro delle regole legali dimostrano inesatto un testo, non si debbono seguire le sue parole, e perciò van condannate le dottrine di Demante e di Delvincourt; ma quando un testo non si oppone nè alla ragione, nè alle altre regole della legge, non si può rigettare, nè sostituirvi ad arbitrio la dottrina di Pothier, o di altro qualunque, e ciò han fatto i due primi scrittori.

II.—Che l'annotazione scritta dallo stesso creditore sul suo proprio titolo dimostri la liberazione in essa enunciata, tanto se il titolo è fuori le sue mani che se rimasto sempre presso di lui, ciò ci sembra evidente; poichè se il fatto di scrivere una menzione di pagamento sul mio domestico registro, per se solo e non ostante la raschiatura posteriore di essa menzione, fa pruova legale del pagamento: come non sarebbe lo stesso della menzione che ho scritto sul mio titolo di credito? Questa anzi ha maggiore importanza ed energia quando è sull'atto stesso, con la esibizione del quale io poteva esercitare i miei diritti, che quando è scritta in un registro che alla fine era una semplice notizia per me stesso. Col solo fatto di avere scritto tal menzione si pruova dunque la liberazione, nè può importare in quali mani l'atto abbia potuto passare, essendo io che ve la ho scritto sopra.

Se fosse vero che l'annotazione scritta sopra un titolo non faccia pruova, che quan-

do esso è rimasto presso il creditore, dunque non ne farebbe se il titolo si fosse dato allo stesso debitore. Or secondo gli art. 1282, 1283 (1236, 1237) la consegna del titolo che fa il creditore al debitore, porge, secondo i casi, o una presunzione, od anche una pruova di liberazione. Quindi mentre, secondo l'articolo 1331 (1285), la menzione non firmata della liberazione scritta sopra un semplice registro confidenziale e di notizie fa pruova, e secondo l'articolo 1282 (1236) la consegna del titolo senza veruna menzione fa similmente pruova, la menzione scritta sul titolo stesso e seguita dalla consegna non produrrebbe tale effetto per manco di firma! Si avrebbe: A uguale X; B pure eguale X; poi A B riuniti minori di X.

Demante dice (n. 808) che la legge vuol che il titolo sia sempre rimasto presso del creditore, perchè si suppone che la scrittura emani da lui. Noi non comprendiamo questa proposizione. Perchè mai deve lupporsi che la scrittura sia del creditore, quando per ipotesi è questo un fatto certo? Forse non dichiara il nostro articolo che parla della scrittura che *emana dal creditore?* Qui, come sempre, di fronte al debitore il quale dice la scrittura essere del creditore, questi può non riconoscere il carattere (artic. 1323 (1277)), e i suoi aventi-causa posson dire di non conoscerlo (*ibid.*); quindi si ordinerà una verificazione; e dimostratosi che il carattere non è del creditore, non si applicherà il nostro articolo, nè quindi si discuterà intorno al suo significato. L'articolo è dettato per il caso in cui l'annotazione è *scritta dal creditore*, per quello in cui la scrittura si confessa esser sua, o si provi tale dopo la contraddizione; come si può dire che l'articolo impone tale condizione, perchè si possa supporre un fatto che è *a priori* certo? Ripetiamo che non può avere alcun senso la frase di Demante, e ci sembra che qui, come nell'interpetrazione dell'articolo 526 (449), ed in qualche altro punto, il dotto professore sia andato nello errore e nelle sottigliezze, perchè non vuol mai trovare viziosa la maniera di esprimersi del Codice.

Pure in esso Codice abbondano tanto tali false maniere, che una più una meno non è gran cosa, e come abbiamo dimostrato, qui ve ne ha una che del resto di leggieri si spiega. Nel progetto era diversa da quella che è la disposizione del nostro primo paragrafo; essa dava forza di liberare all' annotazione scritta sul titolo da qualsiasi mano, purchè, ed era ben giusto, il titolo non fosse uscito di mano del creditore (Fenet, tom. II, p. 193).

Allorchè si redasse, si stimò bene doversi attribuire tale effetto all'annotazione scritta dal creditore, nè si osservò che per tal mutamento si doveano toglier le parole « *che sia restato presso di lui* » acciocchè non discordasse con la ragione e coi principî del Codice.

III.—Ma se è necessario, e per la ragione e per le diverse regole stanziate dal Codice, che si faccia astrazione delle parole *che è rimasto presso di lui*, è egualmente necessario e quindi si debbono pur togliere, almeno per certi casi, le altre parole *scritte dal creditore?* Certamente no; e si contraddirebbe il testo, e il suo spirito, insegnando, come fanno *Delvincourt*; Toullier, Duranton e Bonnier, che basterà una annotazione scritta da qualsiasi mano sopra un titolo rimasto sempre presso il creditore. La è questa una aperta violazione della legge, poichè abbiam veduto come i compilatori con riflessione e a fin di mutare la regola che dava effetto a qualunque annotazione, aggiunsero tre parole per volere una annotazione scritta *dal creditore*.

L'errore da noi notato è in vero strano e in Delvincourt, e negli altri tre scrittori.

Primieramente sappiamo che Delvincourt ammette, come Demante, doversi rigorosamente seguire le parole « che *è rimasto sempre presso di lui* ». Or come il celebre decano della facoltà di Parigi, riconosciuto il bisogno di togliersi quelle parole nel testo del paragrafo per lo inciso aggiuntovi, ha potuto conservar le parole della prima maniera, e che quindi

potevano essere state lasciate così per inavvertenza (come nell'art. 809 (728) in cui i compilatori, tolto uno dei due casi del progetto, lasciarono le parole, *nell'uno e nell'altro caso*), e togliere poi quelle appunto che si erano volute aggiungere?

L'errore di Toullier, Duranton e Bonnier è anche più strano. Imperocchè rispicca quel di Delvincourt per lo studio dei lavori preparatorî, mentre l'altro è chiaro in faccia al contesto del nostro articolo. Secondo i tre professori non si debbono assolutamente toglier via nè il primo nè il secondo inciso, e lasciarsi invece tutti e due come due specie di cavicchie che si tolgono e rimettono a piacere. L'atto è sempre rimasto in potere del creditore, ed ha una annotazione di altra mano? Allora le parole « *che è sempre rimasto presso di lui* » sono lasciate a bella posta ed invece sfuggito per inavvertenza l'inciso « dal creditore ». Al contrario, la annotazione è di mano del creditore e il titolo uscito di sua mano? Oh! allora i compilatori vollero attaccarsi allo inciso « *dal creditore* » e per inavvertenza sfuggirono le parole « *ch'è rimasto presso di lui* ». Ma in vero si fa troppo baratto delle più semplici regole della interpetrazione. Si dica che per errore i compilatori han posto quello o questo insieme, ciò va; ma non è cosa da ammettersi cotesto giuoco che dà rosso quando non si vuol nero, e nero quando non si vuole rosso. Nell'articolo bisogna togliere qualche cosa, la sarà questa o quella; ma tolta che sia, non si rimetta più per togliere poi quello che fu conservato.

Lo ripetiamo, rispondendo in una volta a Delvincourt e agli altri tre scrittori: o il legislatore vuol che l'annotazione sia di mano del creditore o no: se no, è indispensabile che il titolo sia rimasto presso il creditore; se sì, sarebbe sragionevole e contrario alle altre regole del Codice, che si pretenda questa seconda condizione, e allora il secondo inciso deve togliersi. Ora il legislatore vuol che la scrittura sia di mano del creditore, poichè unicamente a tal fine egli ha mutato la prima maniera del paragrafo.

É dunque necessario, e in tutti casi, che l'annotazione sia scritta dal creditore. E la legge in ciò sembra saviissima; perchè non potrebbe egli avvenire, che sebbene l'atto non sia mai uscito di mia mano, vi si fossero inserite da altri, e senza ch'io lo sapessi, alcune parole che enunciano la liberazione del debitore? La quistione, per quanto ne sappiamo, si è presentata una sola volta innanzi i tribunali, e fu decisa nel modo che noi abbiamo detto (Colmar, 6 dic. 1816).

Del resto, il medesimo che dell'annotazione del creditore, vuolsi dire dell'annotazione del suo scrittore, o di colui che egli avrebbe incaricato di ricever per lui, confidandogli all'uopo il suo titolo, essendochè quel che fa un mandatario, è legalmente fatto dal mandante (vedi Metz, 23 frimaio anno 13).

IV. — Nè più giusta ci sembra la dottrina di Toullier, Duranton e Bonnier, allorchè insegnano che nel nostro secondo paragrafo debbansi cancellare le parole « *purchè il duplicato* (o la quietanza) *si trovi presso il debitore* ».

Essi suppongono, ma a torto, che la legge voglia qui parlare di un duplicato di qualsiasi originale di un atto, e quindi voglion conoscere il perchè la menzione dei pagamenti ricevuti, fatta dallo stesso creditore sul suo proprio duplicato, non farebbe pruova, quand'anche egli lo abbia conservato presso di lui, del pari che la menzione posta sopra un semplice titolo.

Ma il nostro secondo paragrafo, come han benissimo compreso Delvincourt e Demante, e come è indicato dall'idea di quietanza aggiunta a quella del duplicato, intende parlare del duplicato che appartiene al debitore; parla dell'annotazione scritta dal creditore sul duplicato del suo titolo, e non sul suo proprio originale. La annotazione scritta sul suo originale (che il nostro articolo chiama suo *titolo* in contropposto al *duplicato del titolo*) sarà regolata pei suoi effetti dal primo paragrafo che parla di qualunque titolo, senza distinguere fra l'atto fatto semplice e l'atto fatto in doppio. Poichè i nostri compilatori vol-

lero applicare il secondo paragrafo al duplicato che appartiene al debitore o ad una precedente quietanza di lui, ben si comprende perchè han voluto che il titolo, onde far pruova di liberazione, fosse presso il debitore. « Altramenti, dice molto bene Demante, si potrebbe supporre che il debitore abbia restituito al creditore il suo duplicato o la precedente quitanza stante un pagamento da lui annunziato, onde preparare la nuova quitanza, e che questi la abbia ritenuto per non avere effettuato ancora il pagamento ».

Sorprende che Duranton e Bonnier nulla abbiano detto di così semplice interpetrazione dei due colleghi, e fa più meraviglia che l'ultimo chiuda questo passo del suo libro, con dire positivamente *che tutti i commentatori* concordano in riguardare come se non vi fosse la parola *purchè*... e in seguire l'antica dottrina di Pothier, non ostante la contraria disposizione del Codice.

V. — Ecco in breve il significato del nostro articolo.

Quando le annotazioni non firmate, che enunciano pagamenti fatti dal debitore, sono o sull'atto semplice o sopra quel duplicato che è il titolo del creditore, fan prova per ciò solo che sono scritte di mano sua (ovvero del suo mandatario) senza riguardare se il titolo sia o no presso di lui. Quando tali annotazioni sono sopra una precedente quitanza o sopra il duplicato del debitore, fan pruova, purchè la scrittura sia del creditore, e il titolo in cui si trovi non sia presso di lui.

Del resto, fra i due casi evvi quest' altra differenza, che nel primo l'annotazione, benchè cancellata, sarebbe sempre efficace poichè la liberazione del debitore risulta dal solo fatto d'essere stata annunciata dal creditore in un modo qualunque, mentre nell'altro le raschiature toglierebbero naturalmente l'efficacia alla annotazione, facendo credere che dessa sia stata scritta nella speranza di un pagamento che non si è fatto.

Quanto alle annotazioni, che aggiunte sul titolo di un credito annunzierebbero un novello credito senza presentare alcuna firma, i nostri antichi scrittori (Boiceau, p. 2, cap. 2, § 2; Danty, *ibid.*, Pothier, nn. 728-729) decidono con buona ragione, che esse possono fare pruova se intimamente si riferiscono all'atto, come se Pietro in fine dell'atto, in cui riconosce di avergli Paolo prestato 600 franchi, scriva di sua mano: « Riconosco che il detto Paolo mi ha di nuovo prestato 200 fr. ». *Nel* caso contrario non potrebbero esser altro che principio di pruova per iscritto.

§ 3. — *Delle tacche.*

1333 (1287). — Le tacche corrispondenti a quelle di riscontro fanno fede tra le persone le quali costumano di comprare con tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono a minuta.

I. — Dicesi taglia una bacchetta spaccata nella sua lunghezza in due metà, di cui l'una resta presso il somministratore, l'altra presso il consumatore: la prima dicesi taglia, l'altra *riscontro* o controtaglia. Ad ogni somministrazione che si fa congiungonsi le due metà, e sulla bacchetta si fa un segno trasversale (detto *coches*); il numero dei segni indica la quantità delle cose somministrate. Questo mezzo di pruova si usa soprattutto presso i fornai.

Presentandosi il riscontro e concordando con la taglia, questa fa fede della quantità delle somministrazioni che si sono in quel modo comprovate. — Lo è questo, come abbiam detto nel principio della nostra sezione, un principio di pruova scritta, e quindi avrebbe forza se la somma ecceda o no i 150 franchi, senza potersi opporre la disposizione dell'articolo 1341 (1295) ch' è propria per la pruova testimoniale. La quale specie di scrittura, il qual particolare sistema di manifestazione per segni potrebbe anche alle volte acqui-

stare certezza di data rispetto ai terzi, potendo un riscontro suggellarsi e farsene menzione in un inventario che indichi i segni che vi si trovino.

II. — Se il riscontro presentasse meno o più segni della taglia, la somministrazione sarebbe provata fino alla concorrenza del numero dei segni comuni alle due metà, rimanendo gli altri del riscontro o della taglia, come se non fossero. Senza fallo, se il consumatore riconoscesse che per somministrazioni fatte si sono posti più segni nel suo riscontro, la pruova risulterebbe non dal riscontro, ma dalla confessione del debitore: ma se il consumatore negasse le pretese somministrazioni, nulla si proverebbe dal riscontro, perchè i segni si son potuti fare senza scopo, come per giuoco da un fanciullo. Dobbiamo dunque stare al testo dell'articolo, che vuole una taglia e un riscontro correlativo.

III.—La taglia presentata dal somministratore sarebbe senza alcuna forza probante, se il consumatore pretendesse non esistere riscontro, e non essergli stato nulla somministrato, ovvero le somministrazioni essere state da lui pagate in contanti? Noi crediamo di sì, non ostante la dottrina di Duranton (XIII, 235) e Bonnier (n° 611); dei quali il primo positivamente insegna, e il secondo ammette pure (benchè riconosca che così si va molto in là) che la taglia senza controtaglia debba valere quanto un registro di commerciante (articolo 1319 (1283)), e che il giudice possa per essa deferire il giuramento suppletorio. Non si può, secondo noi, accogliere cotesta idea, sì perchè ciò che l'art. 1329 (1283) dice del giuramento pei registri dei negozianti, non si ripete qui per la taglia senza il suo riscontro, e sì perchè in fatti la taglia non merita tanta confidenza quanto quei registri, intorno al tenere i quali la legge impone alcune regole speciali che qui non si danno. In questo caso adunque il somministratore potrebbe valersi della pruova testimoniale per provare, come vuole Toullier (VIII-408), la non esistenza del riscontro (il che lo farebbe governare dalla regola di cui parleremo) o per provare immediatamente, ove la somma fosse minore di 150 franchi, che realmente siasi fatta la somministrazione, e che lo avversario sia debitore.

Che si deve ora decidere quando, non essendosi esibito il riscontro, il somministratore provi che sia esistito, ovvero il consumatore confessi di averlo perduto, e poi neghi tutto o parte del debito che gli si domanda? Noi stimiamo che allora, tranne che non si provi la frode del somministratore, la taglia debba far fede; perchè il consumatore, nel caso stesso in cui egli spontaneamente riconosce che vi era una controtaglia, e sia vero che egli la abbia perduto, come allega, è sempre in colpa di non avere ultimato il conto col somministratore, e ricominciato una nuova taglia, perduto che ebbe il riscontro. Ciò decideva la Consuetudine di Tournai: « *en ce cas le ree* (reus, il convenuto) *est ajournè, si, àvant qu'il ait la contre-taille de celle exhibée, est tenu à en faire exibition*, *a defaut de quoy faire*, *la taille par le demandeur exhibée est tenue* pour verifiée (art. 14 *Dell' interp. ed estensione della Consuetudine* (1).

§ 4.—*Delle copie dei titoli.*

1334 (1288).—Le copie, quando esista il titolo originale, fanno fede soltanto di ciò che si contiene nel titolo di cui può chiedersi sempre l'esibizione.*

I.—Non si tratta qui delle copie di scritture private; perchè il solo originale di

(1) Merlin (Rep., alla parola *Taglia*); Toullier (VIII-409); Duranton (XIII-234); Bonnier (n° 616).

* Le copie antiche estratte dagli ufiziali competenti fanno piena pruova secondo le antiche leggi, e non sono alle medesime applicabili le disposizioni delle leggi civili. C. S. di Napoli, 9 gennaro 1827.

esse può far fede; ma delle copie rilasciate da un ufficiale pubblico, di atti autentici depositati presso di lui. Dippiù il nostro paragrafo s' intitola « Delle copie *dei titoli* »; la legge chiama titolo l'atto autentico, come si vede dalla rubrica dei due primi paragrafi intitolati uno: « *Del titolo* autentico », l'altro « *Dell'atto* sotto firma privata ».

Una copia che possa far fede, cioè una copia regolarmente rilasciata di atto autentico, trae la sua forza probante dal medesimo originale; nulla essendo per se stessa, diventa un titolo perchè si rapporta e conforma con quello. La copia adunque non può far fede, che quando si provi essere conforme all'originale, o tale si confessi dal silenzio di colui cui si oppone; e se costui, negando di esser conforme, chieda di esibirsi l'originale, ciò non può venirgli negato. Se non che può usarsi tal dritto quando l'originale ancora esista.

Si contraffà dunque alla legge giudicando, come fece una decisione di Bourges del 17 febbraro 1845, che si può soltanto chiedere la esibizione dell'originale, a patto di notare le differenze essenziali fra esso e la copia che si respinge. Cotesta dottrina è pur contraria alla ragione come alla legge scritta: perchè come mai un convenuto potrebbe esser tenuto a notare le differenze con uno originale, che forse non ha veduto nè potuto vedere, come avveniva appunto nella specie?

La decisione di Bourges non ha bene compreso la regola del nostro articolo, ritenendo che per ricorrersi all'originale fosse necessario allegare contro la copia qualche speciale motivo di sospicione, mentre basta il non volersene rimettere alla copia. Ciò è chiaro, dacchè il dritto di ricorrere allo originale deriva dal principio che la copia non è un titolo per se stessa, e lo diviene se lo avversario consenta di averla come tale. « La copia non ha forza probante, diceva Luca di Penna, sebbene sia rilasciata dallo stesso notaro che ha ricevuto l'atto: *Copia non probat etiam quum extracta sit ab eodem notario rogato* » (Tr. de jud. cap. 77, § 34). Dippiù il nostro testo dice, che sussistendo il titolo può *sempre* chiedersene la esibizione. La esposizione dei motivi e la relazione al Tribunato spiegano l'articolo in questo medesimo senso assoluto ed esclusivo di qualunque condizione (Fenet, XIII, p. 297, 389); e Maleville, che fu uno dei compilatori, dice « *nulla provare la copia* quando esiste l'originale, e una parte lo vuole esibito » (Analisi dell'art. 1334 (1288)). Gli scrittori si accostano pure a cotal dottrina (1).

— Alle copie estratte dagli antichi processi si è sempre data la stessa fede che agli originali. C. S. di Napoli, 3 luglio 1827.

— Non è censurabile la decisione, che prestando fede alle copie legali di pubblici istrumenti, non inerisce alla domanda per la esibizione degli originali. C. S. di Napoli, 18 aprile 1848.

(1) Toullier (VIII-415 e 427); Delvincourt (t. II); Duranton (XIII-240); Bonnier (n° 243); Rig. sopra una decisione di Bourges, 9 nov. 1846 (Dev., 47, I, 55-63).

Farà senza dubbio meraviglia che una decisione di *rigetto*, non che l'altra *che conferma* la decisione della Corte di appello si fondino sopra un principio *contrario*. Ma in questo affare tutto doveva essere strano dal principio al fine. Si possono vedere o nella *Gazzetta dei Tribunali* dei 31 ottobre e 2 nov. 1845, o anche meglio nella memoria compilata per la Corte di Bourges da Demante e da me (e di cui feci un estratto nella mia terza edizione, pagina 73-83) gl' incredibili fatti segnalati in quella causa, e specialmente la moralità, e la condotta degli ufficiali pubblici dell'isola di Cuba, da cui emanavano gli originali sì gravemente sospetti, e che si volevano esibiti. Ora anche per una circostanza ben singolare, la camera dei ricorsi rigettava quello che noi dirigemmo contro la decisione di Bourges. Chiusa la discussione, senza la menoma contraddizione, nè il menomo dubbio intorno al fatto che gli originali non erano stati mai veduti in Francia, la Corte, ingannandosi sulle circostanze di una procedura di falso che avea preceduto la impugnata decisione, pronunziò il rigetto per essere stato raccertato che in quella procedura di falso « tanto le copie che gli *originali sono stati lunga pezza sotto gli occhi dei giudici e di tutti gl'interessati, e che sono stati diligentemente valutati* ». Or per lo incontro era materialmente certo, che in quella procedura di falso (che la Corte di appello aveva rigettato non volendo che più si continuasse) si erano vedute soltanto le copie; non un solo originale era stato mai presentato nè all'attore, nè ai magistrati; e la decisione profferita su tal procedura, non che quella impugnata, non avevano voluto ordinare nè di recarsi gli originali in Francia, nè di farsi una eccitatoria a Cuba. Per questo errore di fatto è stato rigettato il ricorso, tuttochè si fosse professato il principio di dritto, intorno a cui esso si rigirava.

II.—Dicemmo sotto l'artic. 45 (47), la disposizione di questo e del seguente articolo non applicarsi agli estratti degli atti dello stato civile, i quali, purchè si *rilascino conformi* ai registri, cioè *dichiarati*, *certificati* tali dal depositario legale, in altri termini quando hanno la menzione: « *rilasciato conforme da noi*...» fan fede fino alla iscrizione in falso; nè l'avversario può domandare che si esibisca il registro. Quest'ultimo, essendo pubblici i registri, potrà prendere un estratto, affin di riscontrare quello che gli si oppone; potrebbe anche ottenere che si proceda innanzi alle due parti allo esame del registro, onde si raccerti esattamente lo stato dell' atto; potrebbe allegare il nostro articolo per fare ordinare *che si esibisca* il registro al tribunale innanzi cui pende la lite.

La nostra dottrina è contraria a quella del più degli scrittori (1); ma già si sono a noi accostati parecchi giureconsulti, massime i compilatori del Repertorio del *Journal du Palais* (alla parola Atti dello stato civile), e la nostra dottrina è stata pienamente adottata da Bonnier (n° 744) e da Demolombe (I, n° 318).

Infatti bisogna riconoscere, nel sistema contrario, che gli estratti degli atti dello stato civile non sono governati dalla regola del seguente articolo; ma come mai lo sarebbero da questo quando tutti e due formano unico sistema?

1335 (1289).—Quando non esiste più il titolo originale, le copie fanno fede secondo le seguenti distinzioni.

1°. Le copie autentiche di prima spedizione fanno la stessa fede dell' originale.

La medesima regola si osserva per le copie che sono state contratte per ordine de' magistrati, presenti le parti, o chiamate nelle debite forme; o per quelle che sono state estratte in presenza delle parti, e di loro reciproco consenso.

2°. Le copie che, senza autorità del magistrato o senza il consenso delle parti, e dopo consegnate quelle di prima spedizione, sieno state estratte dalla matrice dell'atto del notajo che lo ha stipulato, o da uno dei suoi successori, o da ufiziali pubblici i quali in tal qualità son depositarî delle matrici, possono, qualora fosse perduto l'originale, far fede, purchè sieno antiche.

Si considerano come antiche, quando abbiano più di trent'anni.

Quando abbian meno di trent'anni, non possono servire se non per principio di pruova scritturale.

3°. Quando le copie estratte dalla matrice di un atto nol sieno state dal notaio che l'ha ricevuto, o da' suoi successori, o da ufiziali pubblici che in tal qualità sono depositarî delle matrici, non potranno servire se non per un principio di pruova scritturale, qualunque sia la loro antichità.

4°. Le copie di copie potranno, secondo le circostanze, esser considerate come semplici indizî.*

(1) Maleville (art. 45 (43)); Delvincourt (t. I); Duranton (I-299); Vazeille (*del Matr.*, I-199); Richelot (I-152); Zachariae (I-147).

* Merita censura la decisione che ritenga come antica la copia senza data di un istrumento, solo perchè sia scritta in carta di bollo, la quale era in uso più di trenta anni prima. C. S. di Napoli, 13 settembre 1849.

— Certificata la inesistenza dei protocolli del 1797 e 1798, non può dimandarsi l' esibizione di un atto di quell'epoca, e fa fede la copia autentica dell' atto medesimo, quando non siavi iscrizione in falso, nè cosa da arrestarne la efficacia. C. S. di Napoli 8 gennaro 1850.

— Un supposto cabreo composto di atti disparati fra loro, sprovveduti de' solenni voluti dalle leggi del tempo, e senza la sottoscrizione di un notaio, non può confondersi con gli atti ricevuti dai notai, cui accenna la prammatica del 1804. Quindi non è per esso applicabile la massima *in antiquis verba enunciativa probant*, nè l'artic. 1289 delle leggi civili, il quale è relativo soltanto alle copie estratte dalla matrice dell' atto autentico, qualora fosse perduto l' originale; copie corroborate dalla testimonianza scritta ed autentica dello uffiziale pubblico che assicura aver veduto quello originale ed averlo trascritto fedelmente. C. S. di Napoli, 21 dicembre 1852.

SOMMARIO

I. — Una copia di atto autentico, finchè l'atto esista, non ha per sè stessa alcuna forza probante, ma la acquista con la tacita confessione del convenuto che ella sia conforme coll'originale; ma non è così quando non esiste più l'originale. Del resto, che l'originale più non esista dee provarsi da colui che vuole trar partito dalla copia; ma egli dee provare non già che l'atto sia distrutto in quel tempo e per la tal causa, ma solo che non si trovi più nel deposito ove dovrebbe essere, e che non si sappia se altrove esista (Rig., 10 novembre 1830; Rig., 19 novembre 1833).

Quando non esiste più l'originale, ovvero, ch'è tutt'uno, non si può trovare, la copia fa piena fede, o solo un principio di pruova per iscritto, o è un semplice indizio secondo i casi.

II. — La copia fa piena fede, come lo stesso originale, in tre casi:

1° Quando essa è di prima spedizione. Si chiama *grosse* la spedizione in forma esecutiva, e si pareggia ad essa la prima spedizione non esecutiva (trattandosi di un atto che non poteva dar luogo ad azione, come un riconoscimento di servitù): il breve intervallo che separa la redazione della minuta dal rilascio della prima spedizione, è garenzia sufficiente intorno alla loro conformità. — 2° Quando la copia è stata cavata dalla minuta dall'ufficiale depositario per ordine del magistrato, presenti o chiamate le parti; o quando lo è stata, anche senz'ordine del magistrato, alla presenza dei varî interessati e col loro consenso. Toullier (VIII, 130, 431) riproducendo una dottrina di Dumoulin (Parigi glossa 1, § 8, n. 37) e di Pothier (articolo 3, § 1 e 2) insegna che questa seconda specie di copie, a differenza della prima, farebbe fede soltanto fra le parti e loro aventi causa, e non rispetto ai terzi. È questo un errore, rigettato con ragione da Duranton (XIII, 244) e da Bonnier (numero 747). Senza dubbio una tal copia, secondo la ragione e secondo il testo del nostro articolo, potrebbe essere efficace contro quelle parti che non fossero state presenti o chiamate; ma adempite le condizioni volute dalla legge, cavata la copia dalla minuta col consenso di tutte le parti o chiamate tutte per ordine del magistrato, evvi la garenzia che si possa maggiore della sua esattezza, e perdutosi l'originale essa farebbe, come positivamente dice il nostro articolo, la medesima fede di una prima spedizione, che val quanto un originale. 3° Quando la copia è stata tratta dall'originale, non nelle circostanze sopra indicate, ma sempre dall'ufficiale presso cui legalmente quello era depositato, e della quale la data rimonta ad oltre un trentennio. Se la copia non offre qui le garenzie di sincerità che nei due primi casi, ne porge un'altra che è la sua antichità, la quale fa venir meno ogni serio timore che siensi potuti colludere l'ufficiale che l'ha rilasciato e la parte che l'allega. Per formarsi un titolo falso non si pensa trenta anni prima.

Del resto; trent'anni bisogna contarli dalla data della copia, dal tempo in cui è stata fatta, e non già dalla data dell'atto originale che viene riprodotto da essa copia.

III. — Qualunque copia cavata dalla minuta, che non è in uno dei tre sopraccennati casi, può servir solo per principio di pruova per iscritto.

Questa seconda regola comprende: 1° le copie rilasciate da un pubblico ufficiale che non era il depositario legale della minuta

qual che si fosse la loro età. Ciò che avveniva spesso, può esser ben raro oggi che espressamente è vietato ai notari di spogliarsi, senza alcun pretesto, delle loro minute (legge di ventoso, art. 22). La regola si applica inoltre ad ogni copia che, non essendo una prima spedizione e non essendo stata fatta per ordine del magistrato, e chiamate le parti o alla presenza o col consenso loro, fosse stata estratta dal depositario legale innanzi che corressero i trent'anni.—Cotesta regola, si noti, per cui han forza di principio di pruova per iscritto le copie di cui è discorso, fa una eccezione ai principî adottati dal Codice, dappoichè, secondo l'art. 1347 (1301) evvi soltanto principio di pruova per iscritto nella scrittura che emana dalla parte contro cui si vuol provare. La quale eccezione era ben giusta, perchè la presunzione di conformità di una copia stesa da un pubblico ufficiale, è pari alla forza degli indizî risultanti da una semplice nota della parte avversa.—Le copie di cui trattiamo potranno far sì che i giudici si decidano con la pruova testimoniale (art. 1347 (1301)), e perciò anche con le semplici presunzioni (art. 1343 (1297)); le quali presunzioni saranno anche il solo mezzo per decidere, quando si ricorre alla pruova testimoniale per copie troppo antiche.

D'altronde, secondo il nostro testo, le copie *possono* essere principio di pruova per iscritto. Vedremo infatti nell' artic. 1347 (1301) che fra gli elementi che formano il principio di pruova per iscritto evvi un fatto che valuterà necessariamente la coscienza dei giudici, e perciò è in facoltà di lui ammetterlo o no.

IV.—La terza ed ultima ragola riguarda le copie che un pubblico ufficiale ha cavato non da una minuta, ma da un'altra copia. Le quali copie di copie non formano nè una pruova piena nè un principio di pruova per iscritto, per cui potrebbe ammettersi la pruova testimoniale o le presunzioni; ma non sono assolutamente sfornite di forza legale, potendosi prendere come *indizi*.

Ma che cosa significa questa parola e qual sarà propriamente il grado di forza probante di quest'ultima specie di copie? Noi opiniamo che per tali indizî potrebbe il giudice deferire il giuramento suppletorio, se a lui sembrasse abbastanza grave la presunzione che risulta dalla copia prodotta. Da una parte l'artic. 1367 (1321) faculta di ricorrersi a tal giuramento quando la domanda di una parte non è totalmente sfornita di pruova, qualunque sia la fonte d'onde il magistrato nella sua coscienza abbia trovato la verosimiglianza e la probabilità; questo è il grado ultimo di forza probante. Dall'altra è necessario si ammetta che l'ultimo paragrafo del nostro articolo abbia inteso dir qualche cosa, dichiarando che sarebbe permesso ai magistrati di attingere indizî nelle copie di copie; in questo modo si farebbe una differenza fra coteste copie, e quelle che emanerebbero dalle persone private le quali sono senza alcuna forza legale.

Del resto, alla regola posta qui per le copie di copie si fa eccezione nella disposizione dell'art. 844 (927) del Codice di procedura, per la quale si può cavare non solo da una minuta, ma da una spedizione depositata, un' altra spedizione esecutiva. La quale, benchè sia copia di copia, sarebbe governata non dalla nostra terza regola, ma dalla prima, e farebbe la medesima fede dell'originale o della prima spedizione perduta ch'è questa, poichè ella è pure una spedizione.

Nel seguente articolo vedremo un'altra eccezione alla nostra regola.

1336 (1290). — La trascrizione di un atto ne' registri pubblici non potrà servire se non per principio di pruova scritturale : ed anche per questo sarà necessario:

1° che sia certo di essersi perdute tutte le matrici del notaio, di quell'anno in cui l'atto apparisce essere stato fatto; ovvero che si provi essersi perduta la matrice di tale atto per un accidente particolare.

2° che esista un repertorio del notaio, fatto regolarmente , donde apparisca che

l'atto fu fatto nella medesima data.

Quando nel concorso di queste due circostanze verrà ammessa la pruova per mezzo di testimoni, sarà necessario che vengano esaminati coloro che furono testimoni all'atto, se tuttora esistano.

I. — Questo articolo, che riconosce un principio di pruova per iscritto nella trascrizione di un atto perduto, sul registro del conservatore delle ipoteche, fa eccezione insieme, e alla regola, che principio di pruova è una scrittura che emana dall'avversario, e all' altra, per cui il precedente articolo accorda tale effetto alle copie di originali, e non alle copie di copie. Infatti la trascrizione si esegue sempre sopra la spedizione dell'atto, non sopra la minuta; dunque è copia d'una copia; e Demante crede male che ciò sia una semplice applicazione del n° 3 del precedente articolo (*Programma*, II, 817).

Or la legge, essendo molto facile che per frode si faccia trascrivere un atto falso che poi si sopprima, non vuol che si ammetta la copia del registro del conservatore, come principio di pruova per iscritto, che con due condizioni, facili a comprendersi per le quali si renda certo che l'atto ha esistito.

Oltre a ciò la legge chiede, ed era ben naturale, che ammessa la pruova testimoniale, si odano sempre quelli che sono stati testimoni all'atto, se ancora esistanò. Per disavventura questa bella precauzione diventò inutile colla strana legge del 21 giugno 1843; perocchè quali indizi potranno dare su questo o quell'atto dei pretesi testimoni che non vi hanno assistito, e di cui la supposta presenza è una menzogna, oggi molto legale, del pubblico ufficiale? (*Vedi* art. 1317 (1271), n° III).

II.—Delvincourt e Duranton (XIII, 255) vogliono che il semplice registro dell'atto fosse, come la sua trascrizione, principio di pruova per iscritto. Errore rigettato con ragione da Toullier (IX, 72) e da Bonnier (n° 754), e, come bene osserva *il primo*, « Duranton si confuta coi suoi proprî ragionamenti ».

Infatti ritiene come noi (n° 246), che i nostri articoli, riconoscendo come principio di pruova per iscritto le scritture che non emanano dalla parte avversa, fanno *una eccezione*, il che già basterebbe onde non si estendano oltre i casi preveduti; ed egli stesso fa per altro osservare (n° 255) che il valore del registro è minore di quello della trascrizione, essendo questa una copia, una riproduzione intera dell'atto, mentre l'altro ne fa una sommaria menzione. Per queste due ragioni si risolve chiaramente la quistione. — Il dotto professore è vero tira una lunga pagina per provare che la legge avrebbe potuto, e forse anche dovuto senza molto rischio, estendere al registro ciò che dice della trascrizione. Ma non è quistione di ciò che si sarebbe dovuto o potuto fare, ma di ciò che si è fatto (1).

§ 5. — *Degli atti di ricognizione e di conferma.*

I compilatori del Codice non sono stati realmente molto felici in questo paragrafo, nè per la sostanza delle idee, nè per il loro ordine e processo.

(1) Una decisione di Rigetto del 16 febbraro 1837 (Dev.,1837, I, 642), dichiara bastare la registratura; ma è decisione di specie, la quale anzichè rigettare il principio da noi esposto, sembra al contrario presupporlo vero. Infatti si fonda « sull'essere riconosciuto e raccertato in fatto che il registro (stante la semplicità dell'atto che era una procura per riconoscere un figlio naturale) *equivale nella specie ad una intera trascrizione*, dacchè fa menzione letterale della data del nome del mandante e dello oggetto dell'atto, e secondo i fatti riconosciuti veri, la Corte reale ha potuto *nella specie* non violando l'art.1336 (1290), ammettere la pruova per testimoni ». — Le altre decisioni dei 30 novembre 1825, 22 febbr. 1831 e 9 marzo 1833 invocate alcuna volta nel nostro senso, non risolvono la quistione, perchè si trattava di atti privati pe' quali non esistevano nè potevano esistere le due condizioni volute dal nostro articolo.

Primieramente, quanto alla sostanza, nello art. 1337 (1291) viene riprodotta una regola sragionevole derivata da un grave errore di Pothier; regola che Demante tenta giustificare, ma che è stata censurata dagli altri molti interpetri, anche da Maleville che fu uno dei compilatori.

D'altro lato, il Codice incorre qui in una confusione evitata da Pothier, ponendo nella nostra materia *della pruova* gli atti *di ricognizione di una obbligazione*. Senza fallo l'atto con cui si vogliono toglier via i vizî di una scrittura anteriore, dello *instrumentum* irregolarmente steso (il quale atto si potrebbe pure chiamare di conferma) offrirebbe una quistione di pruova; ma gli atti con cui si vogliono togliere i vizî della stessa convenzione, ratificare una obbligazione che può annullarsi o rescindersi, dei quali atti soltanto si occupano gli art. 1338, 1340 (1292, 1294), non offrono una quistione di pruova, riguardando la sostanza stessa del dritto. Senza fallo pure le regole, secondo le quali deve stendersi l'atto che comprova la conferma, sono una quistione di pruova, per modo che il primo paragrafo del nostro articolo 1338 (1292) poteva stare nel nostro capitolo, ma non se ne potrebbe giustificare il secondo e terzo paragrafo, nè gli art. 1339 e 1340 (1293, 1294) che trattano, non della pruova della conferma, ma della conferma in sè stessa. Le quali disposizioni tutte doveano comprendersi nella sezione del capitolo precedente, della nullità e della rescissione delle convenzioni. Pothier non avea parlato degli atti di conferma nella materia della pruova; Delvincourt li ha collocato alla fine dell'azione di nullità (capitolo 5, sez. 7, § 4); Zachariae, che secondo il suo disegno esclude dai primi quattro volumi della sua opera quanto concerne la pruova, e che tace quindi su tutto insieme il nostro capitolo, impiega un paragrafo intorno alla conferma delle obbligazioni (tom. II, p. 450, § 339); da ultimo Bonnier, che tratta solo delle pruove, si occupa degli atti di ricognizione (nn. 736, 741), ma non degli atti di conferma di una obbligazione. Può dunque far meraviglia che Demante, per lo estremo rispetto verso i testi del Codice, li riproduca qui senza alcuna censura od osservazione (nn. 818, 821).

1. Degli atti di ricognizione.

1337 (1291).—Gli atti di ricognizione non dispensano dallo esibire il titolo primordiale, se non quando il tenore di esso vi si trovi specificamente riportato.

Tutto ciò che contengono di più del titolo primordiale, o che vi si trovasse di diverso, non ha alcun effetto.

Ciò non ostante, se vi fossero più atti conformi di ricognizione avvalorati dal possesso, ed uno di essi avesse la data di trent'anni, il creditore potrà esser dispensato dallo esibire il primordiale.*

SOMMARIO

I. Che cosa sia un atto di ricognizione. È ingiusta la prima regola dello articolo.
II. Questa disposizione deriva da un errore di Pothier.
III. I compilatori hanno anche fatto più grave lo errore della dottrina di costui.
IV. Pure si deve stare alle regole dell'articolo: Censura di Delvincourt e Duranton, Toullier e Bonnier.
V. L'atto, che è inefficace in quanto contiene alcun

*—Nella mancanza di un titolo primordiale enfiteutico, la riconoscenza nel contratto di compra vendita del peso come canone, non può elevarsi ad atto di ricognizione, a' termini dell'art. 1291, talchè debba aver luogo la devoluzione del fondo. C. S. di Napoli, 12 marzo 1846.

— Non può sconoscersi un diritto di proprietà in altrui riconosciuto: nè sono applicabili al caso le disposizioni per gli atti di ricognizione e di conferma. C. S. di Napoli, 9 marzo 1852.

— La ricognizione del debito non giova, quando ha luogo dopo trascorso il periodo prescrittivo. 12 giugno 1852.

che di più oneroso, non lo è viceversa; del resto inefficace può esser solo l'atto semplicemente di ricognizione.

VI. Con qual mezzo spesso si schiva la ingiusta disposizione dell'articolo, che deve restringersi alla pruova dei dritti personali.

I.—Le parole *atti di ricognizione,* cioè *atti che portano ricognizione* (o semplicemente *le ricognizioni*) potrebbero in generale adattarsi a qualunque scrittura con cui una parte riconosce il dritto di un'altra, dandogliene una pruova; ma qui non hanno questo senso lato. Il nostro articolo parla, non degli atti pei quali si comprova per la prima volta un dritto, ma unicamente di quelli che, riferendosi ad una scrittura più antica, provano che si vogliono mantenere i dritti comprovati da quel primo atto. Pertanto gli atti *di ricognizione* stanno qui in opposizione agli atti *primordiali.*

L'atto di ricognizione, che mira a conservare lo stato anteriore delle cose, non deve quindi mutare i dritti e le obbligazioni preesistenti; e quindi il secondo paragrafo del nostro articolo è perfettamente razionale, dichiarando che ciò che nel titolo nuovo sarebbe diverso dal primordiale, rimarrebbe inefficace; ma non è del pari razionale il rimanente dell'articolo.

Infatti, quando in un atto formale alcuno si riconosce chiaramente obbligato verso un altro da più o men tempo, tal confessione dovrebbe essere perfettamente efficace, e la esibizione del nuovo atto dovrebbe fare intera pruova senza ricorrere all'atto primordiale. Senza dubbio si possono pretendere alcune condizioni perchè sia efficace la ricognizione; si può volere che sia ben determinato non solo lo ammontare del debito, ma pur la sua causa, negando la forza probante ad una dichiarazione troppo vaga. Senza dubbio ancora, colui a cui si oppone un tale atto, potrà, come in qualunque altro caso, pretendere che vi sia stato dolo, violenza od errore; che il debito infatti non è mai esistito, o che è stato da lui soddisfatto e che egli non ha ritirato la ricognizione e insieme l'atto primordiale; ma checchè ne dica Demante (n° 819), qui come dappertutto, il debitore dovrebbe giustificare ciò che allega, e distruggere la pruova che risulta dall'atto da lui sottoscritto, e quando la riconoscenza è abbastanza esplicita, e la sua forza non è menomata da alcuna pruova contraria, non vi ha ragionevole motivo per farle venir meno la fede dovuta a qualunque confessione.

E ciò fa il nostro articolo dichiarando che nei casi ordinarî, e tranne solo quando l'atto di ricognizione riproducesse il tenore dell'atto primordiale, nulla provando l'atto di ricognizione, il creditore dovrà esibire il titolo originale, e se desso è perduto, egli non può più far la pruova del suo dritto. D'onde mai può uscire una sì strana disposizione, una regola così poco conforme alla ragione? Essa deriva, come abbiamo già detto ed è stato dimostrato da Toullier (VIII, nn. 474, 484 e nn. 313, 334), da un errore materiale di Pothier. Proviamolo.

II.—Gli antichi canonisti decidevano che le conferme (fatte dai Papi, dai Sovrani o da altri signori) dei privilegi dianzi conceduti non potevano, in generale, ed essendo concepiti nei termini ordinarî, *in forma communi*, provare la concessione; che in principio, e tranne le speciali circostanze, tali atti dovevano ritenersi come dati dal superiore senza alcuno esame del dritto, come non aventi forza per se, ma perchè si riferivano all'atto primitivo di concessione che era quindi indispensabile doversi esibire; che similmente l'atto di conferma non poteva provare per sè solo, che quando era steso in modo da porgere qualche cosa di speciale *in forma speciali*, in termini manifestanti che la conferma davasi con conoscenza di causa, *ex certa scientia*, e quindi con l'intenzione di fare di quell'atto, ove fosse bisogno, un secondo titolo della liberalità. Quindi la esibizione dell' atto originario era necessaria quando la conferma era *in forma communi*, non già quando *in forma speciali*, *ex certa scientia:* ma bisognava conoscere, segni di cotesta ultima conferma. Dopo lunghe di-

spate si disse doversi come tale considerare quella in cui si era riferito il tenore dell'atto di concessione. La dottrina dei canonisti intorno a tali conferme feudali era dunque questa; che la conferma fatta *communiter*, cioè non riproducendo il titolo di concessione, nulla provava, e che aveva forza probante la conferma data *ex certa scientia*, *specialiter* cioè con copia del titolo primordiale. Cotesta dottrina era divenuta generale ai tempi di Dumoulin, ed egli la riprodusse nel suo *Commentario della consuetudine di Parigi* (§ 8, n. 88). Certamente egli l'applicò, come sempre si era fatto, alle conferme feudali, cioè alle ricognizioni, date da un signore al suo vassallo, di privilegi dianzi conceduti; e trattando di tutte le altre ricognizioni insegnò, come per lo innanzi praticavasi, che elle facessero piena fede mancando il titolo primordiale. Così per esempio, parlando (n° 88) del vassallo che avrebbe accettato una conferma che lo diceva soggetto ad alcuni dritti rispetto al signore, egli dice, che se il vassallo pretende non esservi soggetto *dovrà provare lo errore* della ricognizione da lui sottoscritta (perchè se l'atto è una conferma del signore al vassallo, non ha più tal carattere ed è solo una ricognizione ordinaria del vassallo al signore); *tenetur probare et docere de errore recognitionis*. Così pure nel suo trattato *De Usuris* (n° 210) dice, che la ricognizione di un dritto di rendita fa per se stessa *piena pruova* del dritto riconosciuto: *Ipsa recognitio seu confessio juris reditûs in se plenam fidem facit de jure confesso*. La differenza che sotto questo riguardo esiste fra le *conferme* o ricognizioni feudali del signor benefattore verso il suo vassallo, e le ricognizioni ordinarie di un debitore verso il suo creditore, è anche notata più specialmente nei numeri 86 e 88 del suo *Commentario della consuetudine*; perchè avendo detto nel numero 86 che le ricognizioni erronee fan pure piena pruova finchè non si dimostri l'errore, incomincia il n° 88 con dire che non è così per le conferme, *secus de confirmationibus*.

Pothier, tolta senza matura riflessione una sola frase di Dumoulin, tenne per un principio generale e comune a tutte le ricognizioni la regola scritta specialmente ed esclusivamente per le conferme « Dumoulin, egli dice (parte 4, cap. 1, art. 4), distingue due specie di titoli *di ricognizioni*; quelle che sono nella forma ch'egli chiama *ex certa scientia*, e quelle che si chiamano *in forma communi*. Le ricognizioni *ex certa scientia*, che egli chiama pure *in forma speciali*, sono quelle in cui è riferito il tenore del titolo primordiale; e valgono quanto quest'ultimo, se mai fosse perduto, dispensando in tal caso il creditore dallo esibirlo. Le ricognizioni *in forma communi* non confermano il titolo primordiale che quando è vero; non ne provano l'esistenza nè dispensano il creditore dal presentarlo ».

Così Pothier, credendo riprodurre la dottrina di Dumoulin, espone come propria per le ricognizioni ordinarie una regola che riguardava solo le conferme feudali.

Ciò fa tanto più meraviglia che, leggendo poche linee più sù, avrebbe veduto che il passo da lui citato tien dietro ad una regola tutta diversa, stabilita per le ricognizioni ordinarie, e che incomincia con le parole; SECUS *de confirmationibus*. Nè meno poi sorprende l'aver fatto una citazione monca di un altro passo di Dumoulin, fermandosi a metà della frase, e propriamente alle parole che provano il contrario di ciò ch'egli dice. « Del resto, egli continua, nel par. 48, glossa 1, n° 18 Dumoulin dice in generale delle ricognizioni che *non interponuntur animo faciendae novae obligationis, sed solum animo recognoscendi*; *unde simplex titulus novus non est dispositorius* ». Gli è vero che Dumoulin dice, e con ragione, che con le ricognizioni riconoscendosi una obbligazione preesistente, e non già creandosene una nuova, elle non son quindi dispositive; ed essendovi differenza fra la ricognizione e l'atto primordiale, bisogna a questo attenersi; ma noi sappiamo pure aver Dumoulin chia-

ramente insegnato che la ricognizione fa pruova contro il debitore fino a che costui abbia esibito il titolo primordiale, affin di distruggere la pruova che da quella risulta; e Pothier, che avrebbe potuto ben convincersene con altri venti passi di Dumoulin, l'avrebbe anche veduto con la frase stessa da lui qui riprodotta, se avesse preso le parole che seguono quelle ove egli si ferma. Infatti Dumoulin, avendo detto che la ricognizione non può recare una novella obbligazione nè ha forza dispositiva, immediatamente soggiunge, che ha forza dichiarativa, cioè *forza probante*, e che se non produce alcuno nuovo effetto riguardo alla sostanza dell'obbligazione, ne produce uno *riguardo alla pruova* e alla forza esecutiva: *Unde simplex titulus novus non est dispositorius* (Pothier qui si ferma), SED DECLARATORIUS SEU PROBATORIUS... *nec aliquid de novo inducit circa substantiam obligationis*, *SED BENE CIRCA PROBATIONEM ET VIM EXECUTIVAM*.

I compilatori adunque commisero un grosso errore di fatto, stimando che appartenesse a Dumoulin la dottrina attribuitagli da Pothier, e che riproducesse l'antico dritto; coll'animo di conservare così una regola da tempo stabilita, stanziarono al contrario un novello principio nato solo nella imaginazione di Pothier. La Corte di Lione ha commesso lo stesso errore, ma meno scusabile dopo il lavoro di Toullier, giudicando con la sua decisione degli 8 dicembre 1838 (Devill., 39, II, 538) che secondo gli antichi principî, non che secondo il nostro art. 1337 (1291), vuolsi il titolo primordiale riprodotto nell'atto di ricognizione.

III. — Adunque a torto il Codice nega la forza probante ad ogni atto di ricognizione fatto in forma ordinaria, accordandola a quello che riproduce il tenore del titolo primordiale o ad una serie di atti di ricognizione conformi, accompagnati dal possesso, uno dei quali rimonterebbe a trenta anni.

Intorno a ciò i compilatori, senza forse notarlo, hanno anzi rincarato sulla dottrina di Pothier; perchè costui accordava lo effetto di far pruova (salvo al debitore di distruggere la pruova esibendo il titolo primordiale) o a parecchi atti conformi di ricognizione di cui uno solo fosse antico, o ad un solo atto di ricognizione che fosse antico e accompagnato dal possesso, mentre il nostro ultimo paragrafo attribuisce tale effetto all'atto di ricognizione antico (cioè di trent'anni) che sia ad un tempo avvalorato dal possesso, e accompagnato da uno o più atti conformi di ricognizioni. Così il Codice ammette l'eccezione per l'atto antico di ricognizione con le due circostanze riunite, di cui una sola bastava secondo Pothier (1).

In faccia a regole così poco logiche non dee far meraviglia che il medesimo Maleville, uno dei compilatori, sebbene ritenesse che la estensione del sistema delle conferme feudali agli atti di ricognizione ordinarî si fosse fatta dal nostro antico dritto, da contro il nostro articolo. « Tutto ciò, egli dice, era buonissimo, utilissimo riguardo ai censi e ai feudi; ma è dubbio se tali regole sieno ugualmente giuste riguardo agli altri crediti. Una ricognizione è una confessione, e la confessione dello avversario è la più bella delle pruove. Per provare il mio credito vi vuole altro che la confessione del mio debitore? — Senza dubbio, se il debitore esibendo il titolo primordiale pruova che la somma dovuta sia minore di quella che si esprime nella ricognizione, bisogna attenersi al titolo; ma non deve egli il debitore provare che vi è difatti un di più nella ricognizione? »

IV. — Del resto, per quanto sia poco logica la disposizione del nostro articolo, è dessa sempre obbligatoria, *dura lex sed lex*; e quindi non potremmo accostarci alla dottrina di Delvincourt, seguita da Duranton

(1) Dunque la Corte di Pau con una decisione del 30 gennaro 1828 aveva mal giudicato che la necessità di parecchie ricognizioni fosse un principio nato già sotto l'antico dritto, dal quale dovevano essere governate le specie regolate dalle leggi anteriori del Codice: dippiù questa Corte ha pure riconosciuto il suo errore con una decisione del 14 agosto dello stesso anno, confermata in cassazione il 29 genn. 1829.

(XIII, 263) secondo cui la ricognizione, per aver forza probante, non deve riferire il tenore del titolo primordiale, che quando si oppone a terze persone, ma non quando è allegata contro lo stesso debitore o suoi eredi, la qual distinzione è troppo arbitraria nè può essere ammessa.

Non potremmo nemmeno seguire, sebbene contraffaccia meno apertamente alla legge, la dottrina di Toullier (X, 334) adottata da Bonnier (n° 738), per la quale basta la semplice menzione della sostanza dell'atto primordiale. Se incombe al giureconsulto di censurare le cattive disposizioni, egli deve però accettarle francamente nel senso che il legislatore ha voluto dar loro. Ora il medesimo Toullier dice: « È molto verosimile, pare anzi *certo* che, nella mente degli autori del Codice che ebbero sotto gli occhi Pothier da loro copiato, e i passi di Dumoulin da cui furono tratti in errore, le parole *il tenore specialmente riferito* si riferiscono alla conferma *speciale* dei canonisti, per cui bisognava si riferisse *ad longum* tutto il tenore del titolo, *inserto toto tenore tituli* ». Nè la volontà del legislatore si rivela soltanto dai precedenti del nostro articolo, ma anche dal raffronto del nostro col seguente, secondo il quale basta che nell'atto di conferma *si trovi la sostanza dell'obbligazione*, mentre qui si vuole *riferito il tenore del titolo*. Or come mai non potrebbe tenersi ragione della volontà della legge che è così certa (1)?

V.—Ecco dunque le due regole che risultano dal nostro articolo:

L'atto di ricognizione di un debito già comprovato da un titolo precedente, non fa pruova del debito, nè dispensa il creditore dall'esibire il titolo originale, tranne in due casi: 1° quando contiene la intera copia del titolo; 2° quando la ricognizione che porta la data di trent'anni in su sia avvalorata dal possesso e da uno o più altri atti di ricognizione conformi a quella. — Ma certamente tal pruova si fa, salvo il diritto del debitore di provare che il debito sia minore di quel che si dice nella ricognizione o nelle ricognizioni; e questa nuova pruova che distrugge la prima, risulterebbe abbastanza dal titolo primordiale, contro il tenore di cui i titoli di ricognizione, per quanto siano molti ed antichi, non possono mai prevalere; mirando solo a provar nuovamente e a conservare le disposizioni già stabilite, e non già a formarne delle nuove: *non sunt dispositorii sed tantum probatorii.*

Intorno a questa seconda regola, tanto logica per quanto poco lo sia la prima, bisogna fare due importanti osservazioni. La prima è, che l'atto di ricognizione perde il suo valore in faccia e con la contraddizione dell'atto primordiale, per ciò che contiene di più, e non già per ciò che sarebbe un mutamento in meno. La seconda è, che la regola si applica unicamente all'atto che realmente è di ricognizione.

Così dapprima, quando uno o più atti di ricognizione mi fanno debitore della somma di 900 franchi, mentre per il titolo originario lo sono di 800, non si tien ragione dei cento che sono *di più* negli atti posteriori.—Parimente, se l'atto di ricognizione mi fa debitore di una prestazione annuale di 12 botti di vino; mentre il titolo primordiale che io esibisco parla di 12 fogliette, io sarò liberato dall'obbligo *diverso* e più grave indicato dal secondo atto. Se poi al contrario l'atto di ricognizione portasse una quantità minore, o una cosa di-

(1) Bonnier cita a torto, in sostegno della dottrina di Toullier, una decisione di rigetto degli 11 giugno 1834 (Dev., 33, I, 763). La quale soltanto dice, e con ragione, non potersi cassare una decisione della Corte di appello, quando ha dato forza probante ad una ricognizione dopo aver dichiarato che le enunciazioni contenute in esso atto di ricognizione bastano per costituire la *relazione del tenore del titolo*. Infatti gli è questo un punto di fatto che sarà valutato dalle Corti di appello. — Per quanto riguarda le regole che dovran seguire coteste Corti per fare la valutazione, noi ammettiamo, come era stato deciso nella specie dalla decisione di Nancy, non potersi pretendere in rigore una copia testuale e integrale; ma è altro la *relazione del tenore di un atto*, anche intesa in un senso non molto rigoroso, altro la indicazione sommaria dello *ammontare del debito e della data dell'atto* primordiale, che da Toullier fu dichiarato sufficiente.

versa in meno, ben potrebbe avvenire che il titolo primordiale non la vincesse, come se si fosse compiuta la prescrizione. In questo caso non ci vorrebbe più l'atto perchè si recasse in effetto la liberazione in parte del debitore; ma sarebbe abbastanza provata quando il debitore proverebbe, colla sola esibizione delle sue quitanze, che da trent'anni egli ha pagato sempre il debito minore, e non quello maggiore che presenta l'atto primordiale.

Quando dunque il nostro secondo paragrafo dichiara senza effetto ciò che le ricognizioni contengono di più del titolo primordiale o ciò che vi si trova di *diverso*, intende solo parlare di ciò che sarebbe di diverso *in più*; perchè ciò che sarebbe diverso in meno potrebbe valere per la prescrizione. Ciò risulta chiaramente dal passo di Pothier ove si è copiato: « Se con la ricognizione il debitore è riconosciuto obbligato a qualche cosa di più o di diverso, esibendo il titolo primordiale e facendo conoscere l'errore, egli ne sarà liberato... quando pure l'errore fosse ripetuto in lunga serie di atti di ricognizione... Se le ricognizioni al contrario han riconosciuto per meno di quello che non sia nel titolo, e rimontano a trent'anni, il creditore, esibendo il titolo primordiale, non potrà pretendere più di quello che è espresso nelle ricognizioni, essendosi il dippiù acquistato con la prescrizione (1)».

Diciamo inoltre, che il nostro secondo paragrafo si applica solo agli atti che sono realmente e rigorosamente di ricognizione, perchè se non ostante la qualificazione data all'atto e i termini usati, il giudice riconosceva in fatto che le parti abbiano voluto modificare più o meno la loro condizione, e innovare uno o più punti, il titolo certamente non sarebbe solo di ricognizione, ma primordiale; *non tantum probatorius sed dispositorius*, nè sarebbe più governato dalle regole del nostro articolo.

VI.—Quest'ultima osservazione ci fa indicare un mezzo più legale di quelli presentati di sopra da Delvincourt e Toullier, ed insieme più efficace, onde evitare la iniqua disposizione del nostro articolo. Esso è, che i tribunali potranno sempre decidere in fatto che l'atto, benchè sia qualificato per ricognizione, ha mirato non solo a riconoscere e conservare l'antico titolo, ma a sostituirlo. In tal caso l'atto, secondo la intenzione delle parti riconosciuta in fatto dal giudice, è un secondo atto primordiale non meno del primo, che le parti potevano voler soppresso, e il nostro articolo non poteva affatto applicarsi.

Un'ultima osservazione; ed è che il nostro articolo, dettato per la pruova delle obbligazioni, si dovrà solo applicare alla pruova dei dritti puramente personali e non mai dei dritti reali. Così ha verosimilmente voluto il legislatore, poichè il nostro articolo parla della esibizione del titolo primordiale fatta dal *creditore*, e secondo l'art. 695 (616), il titolo di ricognizione può in tutti i casi, senza speciale condizione, sostituire il titolo costitutivo per quanto riguarda le servitù. Ma fosse anche ciò dubbio, basterebbe, a giustificare il nostro modo di decidere, l'avere il nostro articolo derogato al dritto comune, e deve quindi restringersi per quanto è possibile.

Del resto, se la ricognizione che non riferisce il tenore del titolo primordiale, non fa pruova legale del debito nè dispensa il creditore dal riferire il titolo primordiale, non è senza alcun valore e varrebbe sempre ad interrompere la prescrizione.

(1) Qui facciam dire a Pothier: « *se gli atti di ricognizione risalgono a 30 anni* ». Non è questa la sua frase, e noi abbiamo qui modificato la sua maniera di esprimere che potrebbe presentare una idea non molto esatta. Egli dice: « *se vi sono più atti di ricognizione conformi e che risalgono a 30 anni* ». Potrebbe credersi che, onde il titolo primordiale non abbia efficacia contro il debitore per quanto contiene di più, sia insieme necessario e che vi siano più atti di ricognizioni conformi, e che fossero corsi trenta anni. Ciò sarebbe un errore, poichè come abbiam detto e come fanno anche osservare Duranton (n. 262) e Bonnier (numero 740), il debitore allora si libera in parte per effetto della prescrizione; per forma che è indifferente che vi siano più atti di ricognizioni ovvero un solo (od anche nessuno).

2. Degli atti di conferma.

1338 (1292).—L'atto di conferma o ratifica di una obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione, non è valido, se non quando vi si trovi espressa la sostanza della obbligazione, il motivo dell'azione di rescissione, e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione è fondata.

In mancanza di atto di conferma o ratifica basta che l'obbligazione venga eseguita volontariamente dopo l'epoca in cui l'obbligazione stessa poteva esser validamente confermata o ratificata.

La conferma, ratifica o esecuzione volontaria nell'epoca e nelle forme determinate dalla legge, produce la rinunzia a' mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto; senza pregiudizio però del dritto delle terze persone.*

SOMMARIO

I. Che cosa è la conferma delle obbligazioni. Non può confermarsi una obbligazione che non esiste: Errore di Merlin, Delvincourt, Toullier e Duvergier.

II. Si possono confermare le obbligazioni naturali: errore di Zachariae.

III. Delle due specie di conferma, espressa e tacita.

IV. Della pruova della conferma.

I. — I compilatori, come abbiam fatto osservare, confondono qui nel trattare della pruova, le regole intorno alla natura e agli effetti della conferma delle obbligazioni con le regole secondo cui la conferma può provarsi.

Confermare l'obbligazione importa toglier via i vizi che avrebbe, non facendo valere le cause di annullamento contro di essa. Non si possono dunque confermare se non le obbligazioni che si possono annullare, e non quelle che sarebbero propriamente nulle, non esistenti. Ciò che non esiste non si può fortificare, ristorare, avvalorare in *un modo* qualunque: il niente non può esser *confermato*, come non distrutto: *quod nullum est confirmari nequit*. Fa meraviglia che Merlin (Quistioni, alla parola *Ratifica*), Delvincourt, Toullier (VI, 180) ed anche l'annotatore di costui, Duvergier, (non ostante la luce che in questi ultimi tempi si è sparsa intorno alla materia delle nullità) non avendo ciò compreso, abbiano tutti confuso l'azione per cui si vuol far riconoscere e *comprovare la non esistenza di un atto*, con quella per cui si vuol *fare annullare un atto vizioso*, ed abbiano insegnato potersi ratificare l'obbligazione propriamente nulla, non meno che quella la quale può annullarsi! Il nostro articolo non ammette, nè lo poteva, la conferma, se non per le obbligazioni per le quali concede la legge le azioni di nullità o di rescissione (1). Or nel principio della

*—La esecuzione volontaria di un atto non rende inammissibile l'azione contra l'atto medesimo, quando o non sia ancora conosciuto il vizio della obbligazione, o non sia ancora esperibile l'azione di nullità o di rescissione. C. S. di Napoli, 23 dicembre 1848.

— La semplice ricezione delle polizze di pagamento non importa accettazione del loro contenuto, quando prima di ritirarsi le somme dal banco siasi fatta protesta e riserva di ogni diritto, ragione ed azione per lo conseguimento del dippiù dovuto. Ciò dimostra la non acquiescenza al pagamento ricevuto. C. S. di Napoli, 11 luglio 1850.

— La copia di un atto steso sotto l'impero delle antiche leggi, ad oggetto di confermare una donazione fatta con altro atto antecedente, non è nulla come atto confermativo, e quantunque non contenga le circostanze volute dagli art. 1292, 1293, ll. cc. perciocchè i principî stabiliti con questi articoli non sono applicabili alle donazioni fatte sotto l'impero dello antico diritto; nè come atto probatorio per essere stata estratta dal bastardello, e non dal protocollo, poichè giusta gli antichi regolamenti quello avea più valore di questo. C. S. di Napoli. 19 luglio 1858.

(1) Giudicato che la regola si applica agli atti che possono impugnarsi per lesione. Ricorso, 22 febbr. 1854 (J. P., 1854, tom. I, p. 404). — *Vedi* anche cassaz. 3 maggio 1852 (J. P., 1852, tom. II, p. 729).

sezione dell'azione di nullità, abbiamo provato che l'azione non può esistere, nè infatti esiste, che solo per le .obbligazioni *le quali possono annullarsi.*

Il non potersi confermare le obbligazioni che sono radicalmente nulle, è stato chiaramente riconosciuto al tempo dei lavori preparatorî, nè la volontà del legislatore potrebbe intorno a ciò essere dubbia. Infatti l'articolo tale qual' è fu adottato su la seguente osservazione del Tribunato. « Si osserva che nulla vi è di più incerto della redazione precedente. Ciò sarebbe una sorgente d'arbitrio ed incertezza... Fa di mestieri di una disposizione concepita in guisa che ben chiaramente si conosca la differenza tra le nullità irreparabili, e quelle che possonsi riparare ». Quindi, dati come esempî di atti che *giammai possono esser validi*, perchè *considerati dalla legge come se non fossero mai esistiti*, l'obbligazione di un fanciullo che non abbia ancora attinto l'età della ragione, e di colui che avrà contratto per una causa illecita, si aggiunge: « Non è il medesimo delle obbligazioni contratte dal minore, dall'interdetto, o dalla donna maritata, imperocchè la legge non le dichiara radicalmente nulle (Fenet, t. XIII, p. 167) ». Per tale osservazione il nostro articolo è stato in modo redatto da fare intendere che può confermarsi l'obbligazione *contro cui la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione*, e non già quella che, non avendo legale esistenza, resta sempre inefficace senza che si impugni in un termine stabilito. Di poi la relazione del Tribunato, avendo discorso delle quistioni sorte intorno a ciò nell'antico dritto, aggiunge: « Una idea vera e semplice si è il potersi confermare e ratificare ciò che realmente ha esistito (*ibid.*, p. 334)». La giurisprudenza ha egualmente condannato il contrario errore (1). Così, in tutti i casi in cui la convenzione, sia per mancanza di consenso, sia per una causa falsa od illecita, sia altrimenti, non si sarà formata, non si può parlare di conferma; sarebbe del tutto come non avvenuta la pretesa conferma dichiarata falsa dal debitore; e l'unico mezzo di arrivare allo scopo, mezzo d'altronde molto semplice, sarebbe di stabilire una nuova obbligazione. Questo noi abbiamo provato specialmente per le obbligazioni aventi una causa illecita, spiegando l'art. 1304 (1258), n° IV, parag. 3, in cui si è notato l'errore di Toullier, Duvergier e Zachariae. Tale errore è tanto più certo, quanto le osservazioni che hanno fatto mutare il nostro articolo, presentano appunto, come chiaramente si vede, il caso di cause illecite come dei più forti tra quelli che non si possono confermare.

Fra le obbligazioni non esistenti che non possono essere confermate, ma soltanto nuovamente fatte, si trovano eziandio quelle che si vorrebbe far risultare da un atto non firmato dalle parti come si è detto nell'art. 1318 (1272), n° III, *in fine*.

II.—Debbonsi pareggiare alle obbligazioni non esistenti, e dichiarare non suscettive di ratifica, le obbligazioni semplicemente naturali? Zachariae (II, p. 451) insegna l'affermativa, che sembra esser pure consecrata implicitamente da una decisione di rigetto dei 25 ottobre 1808; ma Toullier (VI, 291) professa la negativa, e così deve infatti risolversi la quistione.

L'obbligazione naturale, mal compresa da assai tempo, è quella che la legge civile, negatale prima la ordinaria efficacia, sanziona poi per qualche circostanza che contiene per parte del debitore la confessione del valore reale del debito (articolo 1235 (1188) numero II). Or non esiste la confessione del debitore nella conferma della sua obbligazione? Come non potrebbe confermarsi l' obbligazione naturale quando al dir di tutti, e dello stesso Zachariae (II, pagina 390) ella è perfettamente suscettiva di novazione? Ben si comprende che la giurisprudenza non abbia ciò ben compreso nel 1808, quando non si era ancor fatta una idea giusta della naturale obbligazione; che ella si sia mostrata severa in riguardo alle obbligazioni naturali, e re-

(1) Specialmente: Rig., 9 giugno 1812; Bordeaux, 24 dic. 1844 (Dev., 44, 2, 356).

stringendone gli effetti per quanto è possibile, abbia posto in tal classe le obbligazioni anche proscritte dalla legge come contrarie all' ordine pubblico; ma oggidì che la vera indole di tale obbligazione è stata riconosciuta da numerose decisioni, non potrebbe la nostra dottrina incontrare alcuna difficoltà presso i tribunali.

In sostanza e per parlare rigorosamente, si dà sempre effetto ad una obbligazione civile, e la obbligazione naturale, che resta inefficace e legalmente inesistente finchè riman tale, non acquista valore, nè è riconosciuta se non diventa una obbligazione civile. Il dualismo che esisteva in Roma fra l' obbligazione civile e l'obbligazione naturale non esiste, nè poteva, nel nostro Codice; sebbene esista fino ad un certo punto nelle parole. Finchè una obbligazione che esiste naturalmente, cioè nella coscienza e secondo le regole dell' equità, non esiste in dritto unicamente perchè il legislatore ignora che esista in coscienza: quando egli la crede valida secondo equità, la dichiara valida in dritto, e quindi è dessa una obbligazione civile. Ma qual cosa meglio della ratifica regolare fatta dal debitore può manifestare il valore che l'obbligazione aveva secondo equità?

Toullier dunque con molta ragione dice, che « un atto di conferma conferisce ad una obbligazione naturale tutta la forza di una obbligazione civile ». Cotesta dottrina è censurata da Zachariae (II, p. 259) il quale pretende che l'obbligazione naturale, anche volontariamente eseguita dal debitore, non si muta in obbligazione civile; dandone per motivo che per la esecuzione volontaria di una parte dell'obbligazione, il debitore non potrebbe esser costretto dal creditore ad eseguire l'altra parte. Esattissima è questa idea; ma non esce dal preteso principio da cui vuole trarla Zachariae; bensì da quell' altro principio ben semplice, che se l'esecuzione pruova che sia reale il debito, e lo rende civile, produce tale effetto nei limiti nei quali ha luogo. Quando Pietro pretende che io gli debba 1,000 franchi, e senza che io possa esser costretto a pagargli nulla, gliene pago 600, riconosco con ciò dovergli 600 fr. ma non già gli altri 400. La esecuzione volontaria non meno che la formale ratifica e la novazione debbono certamente aver effetto nei limiti nei quali ha luogo, ma rende necessariamente civile la obbligazione che prima non lo era. Ciò è chiaro, perchè alla fine, se i 600 franchi da me pagati non fossero dalla legge riconosciuti come da me dovuti, io potrei ripeterli come un indebito. Ma se la legge positiva, il *dritto civile*, li dichiara dovuti, lo sono dunque *civilmente*; il debito si è provato debito civile col pagamento da me fatto, con la confessione che il debito è vero fino alla concorrenza di 600 fr.

La conferma dell' obbligazione naturale varrà dunque come la sua novazione; se non che si potrebbe dire, che a parlar rigorosamente non è in tal caso esatto il linguaggio, avvegnachè la conferma propriamente detta sia la rivalidazione di una obbligazione viziosa, ma che civilmente esiste; mentre la conferma di cui trattiamo fa che civilmente esista una obbligazione che la legge non facea esistere per un errore che si riconosce con la confessione del debitore. Ma è sempre vero che le cause, le quali possono confermare la obbligazione civile che può annullarsi, possono pure vivificare la obbligazione naturale.

III.—La conferma è espressa o tacita. Espressa quando vi è la dichiarazione formale del debitore; tacita quando risulta da qualunque circostanza che manifesti la volontà del debitore di render valida una sua obbligazione che poteva annullarsi.

La circostanza più efficace è certamente la esecuzione stessa dell'obbligazione, purchè si faccia col riconoscere il vizio della obbligazione e col fine di toglierlo di mezzo. Infatti tal condizione è necessaria tanto nella conferma tacita che nell'espressa, e una esecuzione fatta nella ignoranza che si possa fare annullare, non potrebbe costituire una rinunzia a tal dritto. Ciò che per se è chiaro, vien riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

(1) Rig., 5 dic. 1826; Grenoble, 8 maggio 1835;

È necessario inoltre che la esecuzione o qualsivoglia fatto da cui si vuol trarre la ratifica, o in fine la dichiarazione che si pretende fare una espressa conferma, si sieno fatte in un tempo in cui il debitore aveva tutta la sua capacità, ed altresì senza alcuna delle cause che fanno annullare le convenzioni, poichè senza ciò la conferma non sarebbe più valida della stessa convenzione (1).

IV.—La pruova della conferma è governata dai principî generali, tranne che non sia fatta per iscrittura, e allora si applica la regola del primo paragrafo del nostro articolo. Così in tutti i casi di tacita conferma e nella conferma espressa, essendo il valore minore di 150 franchi, la pruova può farsi con testimonî e con semplici presunzioni. Eccetto tai casi è necessaria una scrittura o autentica o privata, in mancanza di cui si farebbe la pruova con la confessione del debitore, specialmente col suo giuramento; ed ove vi fosse un principio di pruova per iscritto, si potrebbero ammettere la pruova testimoniale, e le presunzioni.

Ma dovendosi fare la pruova per iscritto, la legge si slontana dal dritto comune, e l'atto, per avere forza probante, deve contenere la sostanza dell'obbligazione, indicare la causa o ciascuna delle cause per cui poteva farsi annullare, e dichiarare la volontà del debitore di toglier via la causa o le cause di nullità. Quindi l'atto di conferma, con cui direi solo di voler rendere valida la vendita fatta della mia casa, e rinunziare a tutti i mezzi di nullità o di rescissione che avrei contro di essa, non basterebbe a provar la ratifica, non essendosi indicato il vizio o i vizi per cui il contratto poteva annullarsi. La ratifica deve per legge farsi maturamente con conoscenza di causa, e da una parte che sappia che cosa rinunzia, e perchè tali condizioni sieno certe si vuole che nell'atto medesimo si esprimano. Per altro se l'atto, non contenendo tutte le menzioni dovute, rendesse verosimile al magistrato il fatto che la ratifica è stata veramente fatta con conoscenza di causa (ciò che per lo più avverrà), sarebbe un principio di pruova per iscritto per cui si dovrebbe dar facoltà all'avversario di provare con testimonî e con presunzioni che difatti vi era la conoscenza (artic. 1347, 1353 (1301, 1307)). Poichè nel caso stesso in cui si porterebbe un atto che contenga una espressa conferma, ma senza indicare il vizio che si è voluto sanare, spetta al creditore la pruova che il debitore, conosciuto il vizio, abbia voluto ripararlo, spetterebbe *a fortiori* a lui quando egli volesse trarre solo argomento da una tacita ratifica risultante dall'esecuzione. La dottrina contraria di Toullier (VIII, 519), di Merlin (*Quistioni* alla parola *Ratifica*, § 5) e di Rolland de Villargues (alla parola *Ratifica*, n° 58), sembra a noi come a Zachariae (II, p. 456) un errore certo. Imperocchè, se per il semplice fatto dell'esecuzione si dovesse presumere, senza bisogno di pruova, che il vizio dell'obbligazione si sia conosciuto, o voluto riparare, siffatta presunzione riuscirebbe con maggior forza dall'atto che il debitore ha dichiarato di sottoscrivere espressamente per conferma della sua obbligazione; e la legge avrebbe ammesso quest'atto come pruova piena della ratifica, senza volere specialmente che si enunciasse il mezzo di nullità a cui si rinunzia. Nè la legge riguarda come provata la conferma anche formale, se non quando si giustifichi, ma poichè la pruova fa parte integrante della ratifica, la quale deve farsi dal creditore, non potrebbe esser dubbia la nostra quistione.

La pruova di cui trattiamo e che può attingersi dai testimonî, e quindi dalle sem-

Grenoble, 15 nov. 1837; Cassaz. di una decisione di Algieri 9 maggio 1842; Riom, 16 maggio 1842 (Dev. e Car., 35, II, 554; 38, II, 180; 42, I, 563, II, 360). — Dobbiamo aggiungere che, secondo la giurisprudenza, la domanda di un termine per pagare, non implicando per se una esecuzione reale e volontaria, non basta a confermare un titolo nullo. — *Vedi* Rennes, 8 aprile 1835; Lione, 24 dic. 1852 (J. P., 1853, tom. II, p. 516).

(1) *Vedi* Caen, 8 dic. 1852 (J. P., 1853, tom. II, p. 335).

plici presunzioni, potrebbe in certi casi risultare dall'indole stessa del vizio che presenterebbe l'obbligazione, e dalla esecuzione che ne è stata fatta. Così per esempio, se l'obbligazione si potesse annullare per violenza, e sia certo che il debitore ha eseguito con piena libertà, il vizio non poteva essere ignorato da lui, ed il fatto dell'esecuzione pruova per se solo la volontà di rinunciare a quella causa di annullamento.

V.—L'ultimo paragrafo del nostro articolo tratta dello effetto della ratifica espressa o tacita, che è di rendere l'atto, prima vizioso, inoppugnabile (riguardo a ciò per cui è stato ratificato), e quindi il debitore non può far più valere, o da attore o da convenuto, le cause di annullamento che avrebbe potuto allegare prima della sua rinuncia. La conferma dunque retroagisce, trattandosi di una obbligazione che *ab initio* esisteva e che poteva solo diventar nulla per quel vizio che è sparito mercè la conferma.

Ma la conferma può avere effetto *senza pregiudizio del dritto dei terzi*, cioè, come fe' osservare il Tribunato che chiedeva si aggiungessero queste ultime parole (Fenet, t. XIII, p. 168), non potrà mai nuocere ai dritti acquistati dai terzi nel tempo corso dal giorno dell'atto che poteva annullarsi, alla conferma fattane, dritti che la conferma annullerebbe se fosse efficace. Così, se soscritta nella minore età la vendita di un immobile in vantaggio di Pietro, io, divenuto maggiore, fo un'altra vendita a Paolo dello stesso immobile, o di un dritto reale sopra di esso, la ratifica che farei della prima sarebbe inefficace per Paolo, il quale potrebbe sempre nei termini dell'art. 1304 (1258) far che rispetto a lui si dichiari nulla la vendita illegalmente fatta onde conservare il suo dritto di proprietà, servitù, o di ipoteca, come se non vi fosse stata ratifica.

Non sarebbe così pei terzi che avrebbero acquistati semplici crediti contro alcuno, poichè i crediti non tolgono il dritto di disporre dei proprî beni, e quindi io potrei validamente fare una nuova vendita a Pietro, che farebbe loro perdere qualunque azione sopra l'immobile. Potendo togliere ai miei creditori la garenzia dell'immobile con una nuova alienazione, posso pure ben farlo ratificando la prima. I dritti che si vogliono qui proteggere sono quelli i quali, non potendo esser colpiti da una alienazione, verrebbero meno per lo effetto retroattivo di una conferma. I creditori potrebbero dunque censurare siffatta conferma giusta i principî generali, e come potrebbero fare per qualunque altro atto del loro debitore, cioè provando di aver prodotto la insolventezza del debitore, e di essere stata fatta con frode (vedi art. 1167 (1120)).

Con due utili osservazioni porrem termine alla nostra spiegazione. La prima è, che la conferma la quale non stabilisce una convenzione, ma solo ne rafforza una che preesiste e può annullarsi nell'interesse di una delle parti, non vuole affatto che vi concorrano esse parti, e si perfeziona con la sola volontà del debitore che poteva farla annullare; poichè la conferma porge unicamente la volontà che manca (di una delle parti) che si aggiunge a quella legalmente bastevole dell'altra parte, questa non ha bisogno di concorrervi. Non può dunque qui trattarsi di fare una scrittura in doppio. La seconda, anche più semplice, che è sfuggita alle volte ai legisti, è che la conferma o ratifica di cui qui è discorso, non deve confondersi con la ratifica per cui si accetta la obbligazione contratta da un terzo in nostro nome. Quest'ultima specie non va governata dalle regole del nostro articolo.

1339 (1293),—Il donante non può riparare con alcun atto confermativo i vizi di una donazione fra vivi nulla per le forme : è necessario che sia fatta di nuovo nelle forme legali.

1340 (1294).—La conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione per parte degli eredi , o di quelli che hanno causa dal donante , dopo la morte di lui induce la loro rinunzia al diritto di opporre i vizî delle forme , o qualunque altra eccezione.

SOMMARIO

I.—Secondo questi due articoli una donazione nulla nella forma, non può essere mai confermata dal donante il quale, per rendere efficace la sua liberalità, deve fare un' altra donazione, mentre lo può essere efficacemente dagli eredi o altri aventi-causa del donante, dopo morto lui.

È ben naturale che la donazione, nulla per difetto delle forme richieste, non possa confermarsi dal donante, essendo la donazione uno degli atti nei quali richiedesi la forma, non solo perchè sia valida la disposizione, ma perchè legalmente esista. È uno dei casi in cui la forma fa che la cosa sia: *forma dat esse rei*. Nella regola dunque dell'art. 1339 (1293) scorgesi applicato il principio che non si può ratificare una obbligazione che non esiste, ma come si spiega l'art. 1340 (1294)? Se la donazione non ha legale esistenza, come può ella ratificarsi dallo erede del donante? Intorno a ciò non soddisfa la dottrina degli scrittori.

Toullier, Merlin, Delvincourt e Duvergier spiegano facilmente il nostro articolo. Stabilendo in principio che gli atti propriamente nulli e non esistenti possono essere confermati non meno che quelli semplicemente annullabili, è ben naturale che la donazione legalmente inesistente per mancanza di forme, possa essere ratificata dagli eredi; è la regola generale da cui una speciale ragione fa sottrarre il donante. Ma sotto il precedente articolo abbiamo veduto, che il supposto principio è un grosso errore, che va contro e la volontà del legislatore e la ragione. Zachariae (II, pagina 453) professa pure essere l' articolo 1339 (1293) una disposizione eccezionale, e l' art. 1340 (1294) applicare il dritto comune; senonchè, non muovendo dal principio da lui tenuto per falso, che gli atti inesistenti possono confermarsi come gli altri, insegna che la donazione, nulla per mancanza di forme, non è inesistente, ma soltanto può annullarsi. Ma per avventura questa idea non è esatta più dell'altra, perchè nessuno potrebbe, per esempio, sostenere, che la donazione della mia casa fatta con una scrittura privata dovrebbe impugnarsi entro dieci anni, e resterebbe valida ove in questo termine non si fosse pronunziato lo annullamento. Siffatta disposizione non può annullarsi, poichè è nulla per sè stessa.

Duranton non presenta intorno a ciò una teoria. Egli riconosce dapprima che *non si possono confermare le obbligazioni nulle* di pieno dritto e che non possono produrre alcun effetto (XIII, 271); ammette parimente (n. 290) che nell'articolo 1339 (1293) si applica questo principio, perchè i vizi di forma producono in fatto di donazione una nullità radicale; di poi nella spiegazione dell'art. 1340 (1294) si restringe a dire (n. 291) che « come gli eredi del donante sono più propensi a censurare le sue liberalità più che egli non sia, si è creduto che essi, ove le confermino, *debbano avere buone ragioni* ». Ma se la donazione nulla per vizio di forma legalmente non esiste, secondo ammette Duranton, come può mai confermarsi dagli eredi del donante meglio che dal donante medesimo? Che monta che gli eredi abbiano o no buone ragioni per confermare, se la conferma non può farsi *ipsa natura*? Innanzi tratto, è necessario indagare se, e come la conferma che non può fare il donante, possono farla i suoi successori.

Alcuni giureconsulti hanno spiegato altrimenti cotesto articolo, ma non meglio

dei tre precedenti. Essi dicono che quando l'erede del donante esegue o dichiara di confermare la donazione del suo autore , non è questa propriamente una conferma che renda valida la donazione, ma solo la rinunzia ai beni che lo erede poteva conservare o riprendere, e la obbligazione di lasciarne godere il donatario, *come se la donazione fosse diventata valida*. Ma se fosse in fatti così, se la donazione non fosse confermata e restasse legalmente inesistente, con qual titolo il donatario sarebbe dunque proprietario dei beni? Bisognerebbe dire allora, che gli furono trasmessi non dal donante defunto, ma dall'erede; e siccome la disposizione fatta dallo erede sarebbe a titolo gratuito, incorreremo sempre nello scoglio che si voleva evitare, cioè in una donazione che validamente si operi mercè scrittura privata o una semplice tradizione, quand'anche riguardasse immobili. Di certo non vale la pena di fare questo giro, e dire che non è una conferma ciò che la legge chiama così, per riuscire alla medesima cosa e trovarsi di fronte ad una donazione che è necessario riconoscere legalmente efficace, quando i principî la dichiarano inesistente per legge. Ma quale è dunque la teoria del nostro articolo 1340 (1294) e come si può spiegare, che lo erede possa fare la conferma la quale non si può *ipsa natura* dal donante? Noi crediamo con Demante (II, 825) spiegarsi ciò con l' idea di una obbligazione naturale che si muta in civile con la ratifica dell'erede. Questa idea presentata sommariamente da Demante, ha bisogno di qualche sviluppo per potersi ben comprendere.

II.—La obbligazione naturale, come abbiam veduto, è quella che esiste realmente in coscienza, sebbene non legalmente (perchè la legge, tenendola senza fondamento, non può quindi riconoscerla), e che sarà sanzionata dal legislatore quando il debitore confesserà essere giusta e reale. Abbiamo similmente veduto non poter giammai esistere obbligazione naturale nello impegno proibito affatto dalla legge, perchè se la legge può sanzionare l'obbligazione che non conosciuta prima abbastanza conosce meglio appresso, non può similmente sanzionare quella che conosce essere positivamente contraria alle sue disposizioni. In breve, l'obbligazione naturale è quella che può essere sanzionata dalla legge, sebbene al presente non lo sia , ma non è certamente tale l' obbligazione proscritta assolutamente dalla legge.

Pertanto la donazione, fatta senza le richieste solennità, non potrebbe contenere una obbligazione naturale pel donante, a cui era vietato di donare senza quelle forme. Non è così per gli eredi del donante. Essi non han per nulla contraffatto alla legge , e quindi l'obbligazione trasmessa loro dall'autore può secondo i casi essere una obbligazione naturale.Se gli eredi, nell'interesse dei quali eran richieste le forme che furono trascurate, stimano giusta e ragionevole la donazione, e se con un atto di ratifica o di esecuzione essi ciò manifestano, la legge doveva certamente rispettare la obbligazione che essi medesimi hanno tenuto per valida.

L'art. 1340 (1294) è in somma, come l'art. 1339 (1293), l'applicazione dei principî, quando dice che la ratifica o la esecuzione della donazione per parte degli eredi del donante fa che questi ultimi non possono più far valere i vizî di forma con qualunque altro mezzo di nullità. Per altro è necessario che la ratifica degli eredi, per esser valida, sia fatta dopo la morte del donante , perchè se in vita di lui gli eredi rinunciassero ad impugnare appresso la donazione, nulla sarebbe la loro promessa essendo una stipulazione intorno ad una futura successione, art. 1130 (1084).

III.—Ma dal potere una donazione, nulla nella forma, ratificarsi efficacemente, morto il donante, da coloro che la rappresentano, non si dovrebbe inferire che ella fosse egualmente valida, ove gli eredi tacessero per dieci anni dal giorno della morte ; imperocchè la prescrizione di dieci anni rende inoppugnabile (art. 1304 (1258)) gli atti che possono annullarsi; e la donazione di cui teniam discorso è non esistente per

legge. La ratifica espressa degli eredi o la tacita che risulta dalla loro volontaria esecuzione dimostra, che l'obbligazione che si presume per legge non esistente, esisteva in coscienza, e la rende efficacemente civile; ma il semplice silenzio degli eredi non potrebbe produrre il medesimo effetto. La obbligazione che non esiste legalmente, alla morte del donante riman tale necessariamente finchè gli eredi non confessino che sia valida, e quindi essi saran sempre uditi in qualsiasi termine in cui allegheranno la nullità.

In qualsiasi tempo diciamo, ma con la distinzione spiegata già al n° III dell'articolo 1304 (1258). Se gli eredi vogliono respingere l'azione con cui il donatario vorrebbe farsi mettere in possesso, la proposizione è assolutamente vera; ma se al contrario dovessero agire contro il donatario che possegga l'oggetto irregolarmente donato, dovrebbero intentare l'azione prima dei trent'anni, da che il donatario si è messo in possesso, altrimenti costui sarebbe divenuto proprietario non per l'effetto della donazione, ma della prescrizione (salve le sospensioni per la minore età o altra causa).

IV.—Sebbene i nostri due articoli siano scritti per le donazioni fra vivi, si applicheranno similmente ai testamenti. Un testamento, nullo per vizio di forma, e quindi non esistendo legalmente, non potrebbe ratificarsi dal testatore, il quale volendo dovrebbe rinnovare il testamento; la ratifica espressa dei rappresentanti di lui o la tacita risultante dalla loro esecuzione produrrebbero il medesimo effetto tanto per il testamento che per la donazione.

Si ricordi da ultimo (come ben si scorge dal contesto dei tre art. 1338, 1339, 1340 (1292, 1293, 1294)) che l'art. 1339 (1293) intende parlare tanto della ratifica tacita risultante dalla esecuzione, che di quella espressa, e che l' una e l' altra si comprendono con la espressione di *atto di conferma*. Al n° II dell' artic. 932 (956) abbiamo ciò provato, confutando la dottrina contraria di Toullier rigettata dagli scrittori e dalle decisioni.

SEZIONE II.

DELLA PRUOVA TESTIMONIALE

Sventuratamente sembra cosa facile procacciarsi falsi testimoni; e se i nostri patri ripeteano l'adagio riferito da Loisel, *qui mieux abreuve, mieux preuve*, non devesi forse temer meno nei nostri tempi la influenza della tavola e d'altre cose anche più forti di questa.

Che che ne sia, il nostro legislatore ha diffidato dei testimonì; e la facoltà che si concede a chi litiga di non fare entrare nella discussione tutti quelli che hanno bevuto o mangiato a spese del suo avversario (art. 283 (378) Codice di proc.) non gli sembra sufficiente cautela onde ammettersi assolutamente la pruova testimoniale.

D'altra parte, ed anche supponendo testimonì coscienziosi e veraci, il proscrivere la pruova testimoniale è sembrato un ottimo mezzo onde evitarsi moltissime liti ruinose. L'ordinanza di Moulins del 1566 che stanziò per la prima volta le disposizioni, confermate poi dall'ordinanza del 1667, e che è riprodotta dalla nostra sezione, diceva che esse erano stabilite, « acciocchè non si moltiplicassero i fatti che per lo innanzi erano stati proposti in giudizio, soggetti a pruova di testimonî e a ripulse di questi, donde molti inconvenienti e aggiramenti di lite si generano (1) ».

Così, da una parte, il timore che si subornino i testimonî, e dall'altra, il desiderio che le liti non si moltiplicassero, sono i due motivi pei quali, almeno in principio, è vietata la pruova testimoniale. A torto dunque Duranton (XIII, 321 e 323) e Demante (II-826) assegnano a tal prin-

(1) *Vedi* il Codice *Tripier* sotto l' articolo 1341 (1295).

cipio la prima di coteste due cause (Vedi artic. 1342 (1296), n° I e 1344 (1298), n° V).

Studieremo prima il divieto sotto gli articoli 1341-1346 (1295-1300) poi le eccezioni sotto gli art. 1347, 1348 (1301, 1302).

1. Divieto della pruova testimoniale.

1341 (1295).—Per qualunque cosa che ecceda la somma o il valore di cencinquanta franchi, ancorchè si tratti di deposito volontario, dee stendersene atto innanzi notaio o con privata scrittura.

Non si ammette veruna pruova testimoniale nè contra nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma o di un valore minore di cento cinquanta franchi.

Tutto ciò non deroga a ciò che è prescritto nelle leggi di eccezione per gli affari di commercio.*

SOMMARIO

I *Questo articolo presenta due principî ed una eccezione.*—Primo principio*: è necessaria una scrittura tutte le volte che si tratta di un interesse al di là dei 150 fr. Censura della dottrina di Toullier e di Bonnier. Errore di due decisioni.*

II. La scrittura si vuole per la pruova. Se debba o no ammettersi la pruova si determina non dal valore della domanda, ma dall'ammontare reale dello interesse. Inesattezza di Duranton.

III. Quando la pretensione si appoggia ad un pagamento contrastato, non deesi badare al valore della somma pagata. Errore di fatto di Delvincourt e di Zachariae.

IV. Secondo principio: *anche per un interesse minore dei 150 fr. quando consta da una scrittura, nulla si può provare con testimoni, che contraddica o estenda le enunciazioni di essa scrittura.*

V. In altri termini, non puossi, con la sola pruova testimoniale, modificarsi per nulla il contenuto di una scrittura; ma il divieto s'applica solo alle modificazioni: errore di Merlin e di Favard.

VI. Continuazione. Precisione del principio... Esso non impedisce per nulla che si ricorra alla pruova testimoniale per interpretare la scrittura. Rimando per l'eccezione dei due principî.

* R. 30 gennaro 1854. — Una varia giurisprudenza è stato osservato essere invalsa presso le autorità giudiziarie di questa parte del Regno intorno alla quistione, se nelle materie civili fosse ammissibile la pruova testimoniale per dimostrare la soddisfazione di una somma minore di ducati cinquanta, quante volte questa cedesse in conto, od a saldo di debito maggiore. Nel fine di ricondurre all'unanimità quel vario modo di giudicare, e togliere la occasione a contestazioni sopra quistione molto frequente ne' giudizî, vennero di reale ordine incaricate le due consulte di questi reali dominî e di quei oltre il Faro di farne esame e dare avviso. Ed amendue questi consessi sono stati unanimi nel parere di non essere nell'esposto caso ammissibile la pruova testimoniale. — Ragion principale di tale avviso, è stata che ne' giudizî civili la condizione de' litiganti debbe per dritto essere uguale; e siccome al creditore è vietato di provare per testimonî la sua azione per obbligazione che eccede i ducati cinquanta (art. 1195 delle ll. cc.), egli del pari debb' essere vietata al convenuto la pruova per testimonî, per dimostrare la sua eccezione di soddisfazione di tutto o di parte del debito maggiore di ducati cinquanta. — Rassegnati a S. M. gli esposti avvisi di accordo col mio collega Ministro degli affari di Sicilia nel Consiglio ordinario di Stato de' 30 gennaro prossimo passato, la M. S. si è degnata approvarli.

Massime della C. S. di Napoli:

— La regola di non ammettersi testimonio non scritto contro lo scritto, non vale per le presunzioni, 7 aprile 1813.

— Gli elementi raccolti in un giudizio penale non possono servir di pruova nel giudizio civile. 14 gennaro 1816.

— Per le antiche leggi la pruova testimoniale era ammissibile per giustificare qualunque fatto. 16 febbraro 1846.

— La pruova testimoniale diretta a dimostrare la soddisfazione del debito minore di ducati cinquanta, è ammissibile quand'anche il debito istesso derivi da titolo autentico. 6 febbraro 1851.

— La disposizione dell' art. 1295 osta sempre, sia che si tratti di pruova di fatti o di pruova di detti. È ammessibile però concorrendo convenzioni

I. — Cotesto articolo stabilisce nel suo primo paragrafo due principî, a ciascuno dei quali il secondo fa un' eccezione che non è poi la sola.

Il primo principio che vuolsi spiegare più ampiamente del secondo, e che è sviluppato e sanzionato dagli articoli 1342 a 1346 (1296-1300), è che deve farsi una scrittura *per tutte le cose che eccedono 150 franchi*, cioè per qualunque fatto il cui interesse pecuniario è più di 150 franchi. Quindi la legge applica la regola non solo alle convenzioni (che generano od estinguono obbligazioni, o che trasferiscono dritti reali) ma ad ogni fatto che porge un interesse pecuniario che ecceda i 150 franchi.

E che il principio sia così generale, benchè molti scrittori, massime Toullier (IX-20 e 26) e Bonnier (n° 99), abbiano creduto il contrario, raccogliesi dal nostro medesimo articolo, in cui le parole DI TUTTE LE COSE furono poste dopo, e per sostituire quelle del progetto, DI TUTTE LE CONVENZIONI *intorno alle cose* (Fenet, tomo XIII, p. 41); ed eziandio dall'art. 1348 (1302), che dichiara eccettuare *dalla regola* i delitti, i quasi-delitti e tutte le circostanze nelle quali è stato impossibile procurarsi una scrittura; si eccettuano dalla regola i casi che abbraccia e che governerebbe senza la eccezione.

Ma ciò in fondo entra nel metodo e nella classificazione, poichè per la eccezione dell' art. 1348 (1302) la regola vien ridotta propriamente come vuolsi intendere nel sistema contrario al nostro.

Essa regola, come diciamo, abbraccia in principio tutti i casi in cui lo interesse pecuniario è di oltre 150, ma per la eccezione dell'art. 1348 (1302) ne sono eccettuati alcuni casi; secondo Bonnier la regola non li comprende e quindi l' articolo 1348 (1302) non potrebbe eccettuarli, e deve cassarsi come illogico e inutile. Bonnier dà al solo art. 1341 (1295), togliendo di mezzo l'art. 1348 (1302), il senso dato da noi ai due art. 1341 e 1348 (1295 e 1302) combinati insieme. Uno è quindi il risultato, se non che il nostro sistema ci sembra il solo conforme alla mente del legislatore, nè presenta il pericolo che l'altro può offrire.

Infatti, quando la nostra regola s'intende di tutti i fatti ed avvenimenti di un interesse maggiore di 150 franchi, eccettuandone secondo l'art. 1348 (1302) quei casi nei quali è stato *impossibile* di procurarsi una scrittura, non può esser dubbio il senso diffinitivo della disposizione; mentre è difficile determinarsi ove si ponga in principio, che non si deve stare al senso naturale del nostro articolo, e che la sua disposizione è troppo larga. Ma fin dove si restringerà tale disposizione? Bonnier dirà di trattarsi di tutti quei fatti nei quali è possibile ottenere una scrittura (giovandosi così dell'art. 1348 (1302) da lui pur dichiarato inutile), ma altri spingendosi più in là da lui potranno dire trattarsi solo delle convenzioni.

Questo è anche avvenuto. Una decisione di Bruxelles dei 10 dicembre 1812 ed altra di Tolosa dei 18 maggio 1831, decidono non applicarsi il nostro articolo al creditore il quale vuol provare contro la eccepita prescrizione, che il credito esiste sempre, essendo stata la prescrizione interrotta da un pagamento d' interessi o di decorsi (art. 2248 (2154)). Secondo tali decisioni il creditore potrebbe provare con testimoni, che non essendovi prescrizione, il suo dritto si è conservato, qualunque ne sia il valore, perchè, dicesi, *si tratta di un fatto* e non di una convenzione, e quindi la pruova non è più di quelle che la legge vieta di farsi con testimoni (1).

È questo un errore certo, che lo stesso Bonnier avrebbe certamente combattuto se lo avvertiva; ma nel suo sistema era difficile il farlo, e semplicissimo invece stan-

posteriori, e corrispondenza epistolare: si avrebbe in tal caso un principio di pruova per iscritto. 12 agosto 1852.

(1) Dev., 31, II, 302 — Vedremo più innanzi (numero III) che Delvincourt e Zachariae si sono molto ingannati intorno al senso delle decisioni di Bruxelles e di Tolosa.

do ai testi del Codice. Infatti il nostro articolo 1341 (1295) prescrive il divieto per qualunque siasi circostanza, e l'art. 1348 (1302) ne eccettua quelle nelle quali è stato impossibile procurarsi una scrittura. Ora il creditore, trattandosi pure di rendite, potrebbe procurarsi una scrittura per raccertare la conservazione del suo dritto: trattandosi di un credito esigibile, egli poteva domandarne il pagamento prima dei trent'anni, ovvero consentire così lungo indugio purchè il debitore gli dia una ricognizione scritta del debito, o per lo meno delle contro-quitanze che comprovino il pagamento d'interessi fatti da lui; trattandosi di rendite, supposto che il debitore non avesse voluto dargli contro-quitanze, egli poteva dopo 28 anni dalla data del suo titolo costringerlo a fargliene un altro (articolo 2263 (2170)). Pertanto non era impossibile di procurarsi una scrittura, e quindi si rimane sotto il governo del nostro articolo (1).

II.—Così il nostro articolo prescrive di farsi una scrittura per qualunque fatto di un interesse maggiore di 150 franchi. Il che non importa che la scrittura sia necessaria perchè esso abbia valore legale. Qui si tratta di una quistione di pruova, e l'articolo dice soltanto che il fatto allegato non potrà provarsi con testimoni. La qual verità da nessuno negata, si rivela abbastanza e dalla seconda frase dell'articolo e dai seguenti articoli, e dalla rubrica della nostra sezione, e massime dai precedenti del Codice. Dunque se un fatto, una convenzione per esempio, fosse provata dalla confessione della parte, produrrebbe sempre il suo effetto, sebbene non fosse stato raccertato da una scrittura.

Secondo il nostro primo principio non si ammette la pruova testimoniale trattandosi di una somma o di un valore maggiore di 150 fr. D'una somma o *di un valore*, potendo bene avvenire che la cosa domandata non sia denaro. Allora deve il giudice determinare il valore della cosa o da se stesso o con una perizia se vi sia bisogno. Non potrebbe egli riferirsene alla stima data dalle conclusioni dell'attore, se lo avversario l'avesse stimato inesatta.

In vero, a fin di determinare se l'interesse ecceda o no 150 fr., e se la pruova testimoniale sia o no da ammettersi, non fa mestieri, come male insegna Duranton (XIII,306), aver riguardo all'ammontare della *domanda*; ma al *quantum* effettivo ed integrale del dritto che per lui risulta dal fatto che vuol provare. Così, se avendovi prestato senza scrittura 160 franchi che voi negate di aver ricevuto, io ve ne domando 140, non sarà ammessa la mia domanda, quando io confesso essere il vostro debito di 160 benchè ve ne domandi 140;—ovvero se dico avermi voi restituito 20 franchi, e perciò rimanere 150 del vostro debito;—ovvero trattandosi di una cosa da me stimata 140 fr. e che si riconosce valere 160;—o infine se risulta dalle deposizioni dei testimoni, che il vostro debito fosse di 160 franchi, non ostante che io avessi detto essermene da voi dovuti 140.

Quest'ultima idea fu contraddetta da Maleville (art. 1344 (1298)): ma il suo errore è riconosciuto da tutti gli scrittori, anche da Duranton (come noi vedremo nella spiegazione dell'art. 1344 (1298)); però è tanto certa quanto le altre, e deve dirsi in generale, che non mai deve determinarsi secondo le conclusioni dell'attore il valore della domanda, come si fa nello stabilire la competenza, ma secondo la quantità dell'interesse che risulta dal fatto controverso. Di ciò fa pruova dapprima il nostro articolo, il quale, ordinando che si faccia atto per cose maggiori di 150 franchi, si riferisce al punto stesso in cui si compie l'avvenimento che genera il dritto, e non mai al tempo della lite che potrà sorgere più innanzi. Ne fa anche pruova l'art. 1343 (1297), secondo il quale sarà

(1) Toullier (IX-97); Troplong (*Presc.*, II, 622); Felix e Henrion (*Rendite fondiarie*, n° 441); Zachariae (V, p. 703, n. 12); Riom, 4 maggio 1841; Douai, 19 gennaro 1842 (Devilleneuve, 41, 2, 334; 42, 2, 112).

rigettata la mia domanda quando pure dopo avervi chiesto i 150 franchi da voi dovutimi, ne domandassi poi soltanto 140 e volessi farne pruova; e infine l'art. 1344 (1298) secondo cui la mia domanda, sebbene inferiore a 150 franchi, deve non di meno respingersi, essendosi riconosciuto che la somma chiesta fa parte o è residuo di una somma maggiore di 150 franchi.

Adunque Duranton cade in errore, o almeno con molta inesattezza si esprime, quando per dare una altra soluzione che noi esaminiamo, sotto l' art. 1348 (1302) dice (loc. cit.) che colui *che non domanda oltre* 150 franchi può provare con testimoni; e che in questa materia non bisogna aver riguardo alla convenzione, ma invece all' oggetto della domanda, la quale può provarsi con testimoni quando con la pruova non si mira *a far ottenere* più di 150 franchi. Toullier, che chiaramente espone la dottrina contraria (IX, 42 e seguenti), schivò questo errore.

III. — Gli è pur certo, anzi evidente, che quando il dritto controverso si fonda sopra un pagamento fatto, è necessario riguardare il valore del dritto domandato, e non già il valore della somma pagata che si allega come fatto generante o conservante il dritto. Così, per esempio, voi pretendete prescritto il credito di 2,000 franchi che io voglio pagato; io rispondo che il credito esiste sempre, non essendosi compiuta la prescrizione per essere stata interrotta da un pagamento d'interessi fattomi da voi nel corso dei 30 anni, e mi profferisco a provare con testimoni quel pagamento. Può ammettersi in questo caso la pruova testimoniale, quando il pagamento da provare sia di 100 franchi? Nò; dacchè il dritto, lo interesse che io voglio comprovare, non è di 100, ma di 2 mila franchi. Senza fallo, se il mio debitore si profferisca di provare il pagamento di 100 franchi onde stabilire di essersi liberato di un anno di interessi che io gli domandavo, sarebbe da ammettersi la pruova testimoniale, trattandosi di una *liberazione* di 100 franchi; ma quando io allego quel pagamento affin di provare che il mio credito esista, non importa affatto la somma che io pretendo essere stata pagata, e bisogna aver riguardo all'ammontare del credito chiesto; essendo di 2,000 fr. la pruova testimoniale non può ammettersi.

Essendo ciò troppo chiaro non dovrebbe farsene quistione, e noi neanco ne parleremmo se non leggessimo in Delvincourt (sezione 2, nota *del 4 paragrafo*) e in Zachariae (V, p. 708, n° 25), avere altramenti stabilito due decisioni da noi citate al n° 1; di Bruxelles e di Tolosa. Ma esse decidono soltanto la quistione da noi esaminata nella fine del n° 1, ed è un errore il citarle come se abbiano pur giudicato il punto di cui qui è discorso (1).

IV. — Il secondo principio del nostro articolo, che come il primo vien riprodotto dalla ordinanza del 1566, stabilisce che anche per un interesse minore di 150 franchi, e per la cui pruova non fosse necessaria la scrittura, non si potrà, essendosi fatta una scrittura, provare con testimoni, o contro od oltre ciò ch'è stato detto in essa. — Così, quando un atto annuncia avermi voi prestato 100 franchi per sei mesi senza frutti, voi non potreste nè provare con testimoni che la somma fosse di 120 franchi, come nè io che fosse di 90, perchè si proverebbe *contro* il contenuto dell'atto; ma non potremmo nemmeno provare che oltre la clausola principale che porge la scrittura, si convenne o prima o dopo, questa o quell'idea accessoria, p. e. che stesse a me di ritenere la somma per un maggior tempo pagandovene l'interesse, perchè si proverebbe oltre il contenuto dell'atto. Noi non possiamo nè restringere nè estendere, nè modificare per nulla ciò che l'atto presenta. Fattasi una scrittura, an-

(1) Similmente per errore Zachariae cita nel nostro senso gli scrittori e le decisioni da noi cennate nella precedente nota; ma tanto gli uni che le altre decidono soltanto se un pagamento di decorsi allegato come interrompente la prescrizione, sia o no governato dal divieto della pruova testimoniale, per qualunque interesse oltre i 150 fr., ma non trattano affatto se debbasi riguardare la somma dei decorsi pagati, o quella del capitale richiesto.

che quando non vi si era obbligati, la legge non permette che le parti vadano incontro una pruova testimoniale che è così difficile, come se la scritta non esistesse; e volendo dopo modificare in alcun modo la prima convenzione, elle sono costrette o di comprovare le modificazioni anche con iscrittura, o di sopprimere l'atto primitivo.

Secondo il testo, la pruova testimoniale non sarà ammessa, anche per un interesse minore di 150 franchi *contro ed oltre il contenuto* negli atti; aggiungendosi che non sarà nemmeno ammessa intorno a ciò che si *allegasse essere stato detto prima, contemporaneamente* , *o dopo gli atti*. L'altro membro della frase nulla aggiunge al primo, spiegando solo la medesima idea con altri termini. Certamente non si potranno provare le spiegazioni verbali che han preceduto, accompagnato o seguito la formazione della scrittura, affin di restringere o estendere o modificare in modo qualunque le menzioni della scrittura che deve sempre essere accettata qual'è. E siccome toglier qualche cosa dalla scritta importa affermare che si è detto troppo intorno a tal punto, ed è quindi in qualche cosa falsa, per modo che si contraddice; d' altra parte vale il medesimo che contraddirlo mutando il senso d'una delle sue clausole. Il solo caso in cui non si contraddirebbe all' atto, sarebbe quello in cui si pretendesse che tutto il detto, altronde esatto, non è tutto quel che doveva dirsi; quindi le due parole, CONTRO ED OLTRE *il contenuto*, esprimono esattamente il principio , secondo cui non si può nè *contraddire in niuna parte* l'enunciazione dell'atto, nè nulla aggiungervi; nemmeno con ciò che si pretendeva essersi detto dopo la redazione.

Allorchè la convenzione posteriore sarà una restrizione, un'aggiunzione, una qualsiasi modificazione alla convenzione precedentemente stabilita in iscritto, la pruova di tal nuova convenzione non potrà farsi per testimonî , essendochè in tal caso si tratterebbe di contraddire o di aggiungere alla scrittura. Così per esempio, allorchè la scrittura dichiara che mi avete prestato 100 fr. che dovrei restituirvi nel 1848, voi non potete provare che per una posteriore convenzione io mi sia obbligato di restituirvi tal somma nel 1847 ; essendo ciò una perfetta contraddizione all'atto. Allorchè la scrittura indica che voi mi avete affittato il vostro erbaggio per 60 franchi e quattro polli all'anno , voi non poteste provare che appresso ci siamo accordati per 70 fr. senza polli; il che è pure una contraddizione all'atto.

Quando la scrittura dichiara che io mi son preso il carico di fare un ristauro sopra il tale disegno, e in tanto tempo, voi non potete provare che per una convenzione posteriore, io mi son preso il carico di fare il simile ristauro su d'un disegno più grande, e in un tempo più lungo, essendo ciò un' addizione all'atto, e una pruova contro il contenuto (1).

V.—Insieme alla regola, che la modificazione recata dopo ad una convenzione, o ad un fatto stabiliti con iscrittura, deve anche provarsi con scrittura (senza la quale non si intenderebbe pienamente il secondo principio del nostro articolo), bisogna porre un'altra regola che non faccia assegnare al medesimo principio una maggiore estensione: ed è, che ciò che si è detto dei fatti e delle convenzioni , che modificano il fatto anteriore , non si deve estendere a tutti i fatti che più o meno intimamente col primo si collegano, e sovr'esso più o meno profondamente influiscono... Così per esempio , quando si è stabilito in iscritto che voi mi avete prestato 100 fr. ed io chiedo di provare per testimonî di averveli restituiti, la mia pruova deve ammettersi. È certo che il pagamento che io voglio provare influisce moltissimo sulla convenzione di prestito , ed è altro che una modificazione dell'obbligazione, che ne risultava per me, poichè pienamente la estingue; ma perchè non si tratta più d'una semplice modificazione alla convenzione

(1) Rig. sopra una decisione conforme di Metz, 10 mag. 1842 (Dev., 42, II, 797).

scritta, si è perciò che deve ammettersi la pruova testimoniale, e che io non sono più soggetto al secondo principio del nostro articolo. Tal principio in vero mi vieta di contraddire in alcuna parte e di nulla aggiungere alla convenzione stabilita. Ora io non le reco alcuna contraddizione, imperocchè stabilisce la scrittura che voi mi avete prestato 100 fr. e ciò che io allego invece di attaccare tal proposizione, tende a dimostrare di nuovo la verità; poichè io vi ho restituito i 100 fr. che voi mi avete prestato. D'altra parte, non è un volere estendere la convenzione, nè allargarla in checchessia, sostenendo tal convenzione essere stata fatta, quale è presentata dalla scrittura, ed essere sempre durata la stessa fino al tal giorno nel quale io la ho eseguita. Sarà altramenti, se l'atto stabiliva doversi restituire la somma tra due anni, ed io pretendo avervela pagata alla fine del primo. In simil caso il pagamento che si allega conterrebbe una convenzione posteriore ed accessoria, che tende unicamente a modificare la prima, riguardo al termine del pagamento; in tal guisa io domanderei di provare per testimonî *una modificazione* arrecata alle clausole scritte: dicendo che *ho potuto pagare*, ed infatti ho pagato *alla fine dell'anno*, mentre esisteva un atto che stabiliva non *poter pagare che dopo due anni*, io chiedo di provare *contro* l'atto: e soltanto dopo aver provato *in iscritto* la convenzione posteriore modificante la prima, io potrei provare per testimonî il pagamento con cui pretendo avere eseguita la nuova convenzione. Fuori tal caso o altri simili, e quando si vuol provare semplicemente che si è eseguita o altramenti estinta la obbligazione enunciata dalla scrittura, non si vuol provare nè *contro*, nè *oltre* il contenuto dell'atto, e la pruova testimoniale è quindi ammissibile, purchè però non si tratti di somma oltre i 150 fr.

Si potrebbe eziandio dire da alcuni (perchè qual cosa non immaginano alcune menti?), che non parlando l' atto del pagamento, si vuol provare *oltre* e *al di là* di esso atto, volendo provare il pagamento?... Ma allorchè nel nostro articolo si vieta di provare oltre il contenuto dell'atto, non s' intende parlare in generale di tutte le cose di cui l'atto non tratta, ma solo di quelle di cui non tratta, *sebbene ne avrebbe dovuto*, perchè fan parte dell'oggetto che si comprova. Così, quando io pretendo che i 100 fr. che vi devo per una scrittura, fossero dovuti sotto una condizione mancata e di cui in quella non si parla, la condizione doveva inserirsi nell'atto; quando abbiamo convenuto secondo me che io vi pagherei gl'interessi al 4 invece del 5 indicato dalla scrittura, o che dovrei pagarvi in un anno anzichè in sei mesi come dicesi nella scrittura, era necessario, modificando così la convenzione espressa nell'atto, che si modificasse pur l'atto (o si sopprimesse onde potersi fare la pruova testimoniale); in tutti questi e in altri simiglianti casi io non potrei ottener la pruova testimoniale. Ma la legge, vietando di provare oltre il contenuto dell'atto, non intende parlare degli elementi che non fan parte della convenzione, e che non dovevano nè potevano essere comprovati dall'atto

Ciò è tanto semplice che non sappiam comprendere come Merlin (*Repertorio* alla parola *Pruova*, sez. 2, § 3, art. 1 e 20) e Favard (*ibid.*, § 1), ammettendo l' idea contraria, abbiano potuto pretendere che un pagamento si dovesse provare con iscrittura per ciò solo che il credito fosse comprovato da scrittura. Era stato spesso inteso così nella pratica dello scorso secolo; ma quest'idea, confutata già da Pothier, pareva da non potersi accogliere da giureconsulti così distinti come Merlin e Favard. Le leggi *De testibus*, *De fide instrumentorum*, *Contra-scriptum*, ed altre ricordate dal primo per aver fatto risolvere la quistione contro il debitore da una decisione del parlamento di Grenoble dei 25 marzo 1782, non rischiarano affatto la quistione, e le due decisioni di cassazione allegate dal secondo non son contrarie alla nostra dottrina. L'una (27 gennaro 1812) decide, che quando in una scrittura si enuncia essersi fatto un fitto di sei anni

non si può provare con testimonî, che il fitto si sia ridotto a minor tempo da una convenzione posteriore, il che è una applicazione di ciò che abbiam detto alla fine del n. IV (1); l' altra (12 marzo 1816) non si riferisce affatto alla nostra tesi; decidendo una quistione di fitto verbale non secondo il nostro articolo, ma secondo la disposizione particolare dell' articolo 1745 (1561), il quale dichiara a buona ragione fare *una eccezione all'art. 1341 (1295)*. Riman dunque ferma la nostra soluzione, che è generalmente ammessa (2).

Del resto Pothier, notando questo errore, parlava del pagamento, e i nuovi scrittori da noi citati, Bonnier e gli altri, parlano pure del pagamento senza formulare *la regola* che dovrebbe in questo caso speciale applicarsi. Duranton vi aggiunge pure (numero 335) la remissione del debito, ma al pari degli altri non risale all'idea generale, al principio stesso?

Fra i fatti che debbono influire sopra un fatto dianzi comprovato da scrittura, quali son quelli che dovranno comprovarsi con iscrittura, giusta il secondo principio del nostro articolo, quali potranno provarsi con testimonî? In che propriamente differenzieranno le due classi? Ciò non si dice in nessun luogo, eppure è indispensabile che si sappia. Le spiegazioni da noi date rendono facile la risposta.

VI. —Secondo il già detto si vuole la scrittura, e non può ammettersi pruova testimoniale, ogni qualvolta il fatto posteriore restringa o allarghi o modifichi in altro modo lo stato primitivo delle cose, lasciandolo sussistere alquanto diverso da quel che era; fuori di tai casi è permessa la pruova testimoniale.—Quando il fatto allegato dovrebbe mutare soltanto il primo stato delle cose in qualche parte conservando il resto, si vuole la scrittura per la pruova, non essendo credibile che si sieno modificate le cose, senza modificare la scrittura che le comprovava: non lacerandosi l' atto era troppo naturale che se ne facesse, per così dire, una nuova edizione onde potersi fare la pruova testimoniale.—Per l'incontro, se il fatto allegato dovesse distruggere il precedente stato delle cose, per modo che dovesse venir meno l' oggetto della prima scrittura; se si vuole non conservare modificando lo stato primitivo delle cose, ma crearne un altro che supponeva, e per cui interamente cessava lo stato precedente; allora non è necessaria la scrittura, e il comprovarsi da una scrittura che tuttora sussiste lo stato primo delle cose, non toglie che si possa provare con testimonî il secondo; perchè trattandosi allora di una cosa assolutamente nuova, e per la cui pruova scritta sarebbe stato bisogno, non di una nuova e più corretta edizione dello stesso atto ma di un altro atto, le parti essendo governate dal

(1) Questa decisione, che non abbiamo trovato nè nel *J. du Palais*, nè nella nuova raccolta di Devilleneuve, è riportata nell' antica edizione di Sirey, tom. XIII. 1, 184. — Oltre alla quistione di cui qui è discorso, la decisione ne risolve pure implicitamente, ma con molta inesattezza, un' altra non preveduta nè da Favard, nè da Merlin, nè da alcun altro scrittore, per quanto almeno sappiamo, e che è risoluta più volte incidentemente nelle nostre spiegazioni; cioè, se non ostante che le parti consentano di sopprimere (al tempo della convenzione che modifica) la scrittura che comprovava la prima convenzione, acciocchè non dovessero fare per iscritto la novella, le parti non potranno nemmeno provare con testimonî la seconda convenzione. — La negativa non è solo certa, ma evidente; e nessuno scrittore ha pensato di trattare tal punto, perchè non poteva sorgere alcuna difficoltà intorno ad esso. Quando noi modifichiamo la convenzione prima fra noi stabilita, e comprovata da una scrittura per un oggetto che non ecceda i 150 fr., noi abbiamo la scelta o di fare una nuova redazione della nostra scrittura, o di annullare la scrittura, per isfuggire il secondo principio dell'art. 1341 (1295). Come si rigetterebbe la mia pruova testimoniale come offerta oltre, o contro il contenuto di un atto, quando per effetto della convenzione non esiste più verun atto? Nella specie della decisione, era stabilito e riconosciuto da tutti, che le parti modificando la loro prima convenzione, avevano lacerato, come già inesatta, la scrittura che comprovava la convenzione. In siffatte circostanze la sentenza (del tribunale di Nimes) è stata cassa per pretesa violazione dell' articolo 1341 (1295), per avere ammessa la pruova testimoniale *contro il contenuto dell'atto*. L'eresia invero è troppo grossa!

(2) Parlamento d' Aix, 20 dic. 1640. Tribunale dei sussidî di Parigi, 30 ag. 1682. Pothier (numero 799); Delvincourt (t. II); Duranton (XIII-334); Bonnier (n. 92).

dritto comune, sono state libere, o di fare un altro atto, o di contentarsi dei testimonî poichè l'interesse (si suppone) non eccedeva 150 franchi.

Così dunque: 1° è inammissibile la pruova testimoniale, quando con ciò che si allega si vuol provare una *semplice modificazione* dello stato delle cose raccertato dall'atto, e sarebbe stato bisogno per avere la pruova scritta, che si facesse di *nuovo il medesimo atto*. Per lo incontro 2° si può con testimonî pruovare, quando si vuol *sopprimere* lo stato delle cose che il novello fa supporre, e sarebbe stato necessaria la *redazione di un altro atto* per aversi la pruova scritta. 3° Se ciò che si allega contenesse in un tempo una modificazione dello stato delle cose così modificato, non sarebbe nemmeno inammissibile la pruova testimoniale per cagione del primo dei due punti, e ove il primo fosse provato dalla scrittura, il secondo potrà esserlo con testimonî. — Questa terza proposizione è conseguenza ed applicazione delle due prime.

Adunque, giusta il secondo principio del nostro articolo 1341 (1295), (come ben ne convince l'attenta lettura del testo), non si può mai per un interesse, anche minore di 150 fr., recare colla pruova testimoniale *alcuna modificazione* all' enunciazioni di una scrittura. Qui una ultima osservazione. Non sarebbe un modificare la scrittura il discutere intorno al senso e all'intendimento di una clausola più o meno oscura, di una espressione più o meno vaga; e conseguentemente si possono provare con testimonî alcune circostanze che facciano comprendere il vero pensiero dell'atto. È altro il conoscere, anche con testimonî, il senso o l'estensione d'una parola o d'una frase, ed altro il pruovare con testimonî idee diverse da quelle indicate nella frase. È pertanto lecito chiedere la pruova testimoniale per interpretare la scrittura, purchè si stia unicamente all'atto che si riconoscerà avere il tale significato ed applicarsi a tali oggetti. Così, per modo di esempio, se l'atto di acquisto di un fondo non determina ma dinota le varie terre che lo compongono, con queste parole: *il fondo di... il castello di... con tutte le sue dipendenze*, si potrà provare con testimonî se quel pezzo di terra dipenda o no dal fondo. La giurisprudenza ha con ragione consecrato questo punto (1).

Compresi i due principî del nostro articolo, veniamo ai seguenti che sviluppano o applicano il primo. L' eccezione recata dal testo ai due principî per le *materie di* commercio sarà da noi studiata insieme con le altre eccezioni nel § 2 (art. 1347, 1348 (1301, 1302)).

1342 (1296). — La regola precedente si applica al caso in cui, oltre la domanda del capitale, l'azione contiene quella degl' interessi, se questi riuniti al capitale oltrepassino la somma di centocinquanta franchi.*

I. — Questo articolo e i seguenti, come abbiam detto, sviluppano o sanzionano il primo principio del precedente articolo; e qui vedremo con quanta severità la legge intenda il divieto della pruova testimoniale.

La legge riguarda in una volta e il momento in cui è sorto il dritto, e quello in cui se ne fa lo esperimento giudiziario; e se in uno dei due punti lo interesse è maggiore di 150 franchi, non si ammette la pruova testimoniale. Così da una parte essendosi trattato nel principio di più di 150 franchi, le parti han dovuto fare una scrittura, e la pruova testimoniale non può ammettersi, sebbene l'interesse sia divenuto minore di quella somma al tempo della domanda; quest' idea è stata manifestata dall'art. 1341 (1295) che per istabilire la

(1) Parigi, 7 dic. 1833; 23 genn. 1837; Rig., 31 genn. 1837 (Dev., 37, 1, 110 e 522).

* Non è ammissibile la pruova testimoniale quando si chiedono ducati quarantanove e gl'interessi decorsi. C. S. di Napoli, 16 giugno 1825.

sua regola si riferisce al punto stesso dello avvenimento che fa nascere il dritto; e ci sarà più chiaramente provata dagli articoli 1343 e 1344 (1297 e 1298). D' altra mano, sebbene il dritto sia stato nel principio minore di 150 franchi, non può ammettersi nemmeno la pruova testimoniale, se l'oggetto della domanda al presente superi quella somma: come si vede dal nostro art. 1342 (1296) e dagli articoli 1345 e 1346 (1299 e 1300).

Quando il dritto minore oggi di 150 franchi, era in principio maggiore, colui che domanda commise una colpa che la legge punisce, divietandogli la pruova testimoniale; e affine di evitare la multiplicità delle liti si è sanzionato di farsi una scrittura che deve prevenirle.—Quando il dritto prima minore di 150 franchi è divenuto al presente maggiore, il divieto della pruova testimoniale deriva dal timore che si subornassero i testimonî: quando il dritto chiesto da voi supera i 150 fr. non importa se fosse tale da principio; perchè qualunque sia il modo con cui il vostro preteso dritto abbia ecceduto quella somma, voi avete sempre interesse a procacciarvi falsi testimonî, e quindi è pure da temersi la falsa testimonianza. Spettava a voi procurarvi una scrittura, essendo diventato il vostro diritto maggiore di 150 franchi.

II.—La seconda delle due idee già indicate si applica dal nostro articolo agli interessi che si aggiungono al capitale.

Così avendomi voi prestato 145 franchi con gl'interessi al 5 per 100 senza farmi sottoscrivere una scritta, se voi lasciate che si uniscano al capitale due annate d'interessi, voi non potrete da questo momento, che che seguane poi, pruovare il vostro credito con testimonî, perchè ammonta ora a 155 franchi. Prima di finire il secondo anno, prima che il vostro credito già di 147 franchi ammontasse a 154, voi eravate tenuto o di farvi dare una scritta, o di farvi pagare 7 franchi d'interessi per la prima annata. Quando l'intero eredito eccede i 150 franchi, non si ammette più pruova testimoniale, perchè la legge allora teme la subornazione di testimonî, e perchè è necessaria una scrittura per qualunque credito che ecceda quella somma. La pruova testimoniale sarà dunque negata; ed anche quando il vostro credito dopo di essere asceso a 154 franchi fosse ridivenuto di 147 pagata una annata d'interessi, perchè allora 147 franchi sarebbero *residuo* dei 154, e l'art. 1344 (1298) nega per tal caso la pruova testimoniale. Si negherà ugualmente, sebbene voi dichiariate di abbandonare gl'interessi, contentandovi del capitale di 140, perchè i 140 *fan parte* di un credito che eccede nel totale 150 franchi; l'art. 1344 (1298) nega allora la pruova testimoniale. Quando in qualsiasi momento il vostro credito ha ecceduto i 150 franchi, per nessuna delle sue parti potrà farsi la pruova testimoniale (art. 1344 (1298), n. V).

Certamente debbono aggiungersi al capitale, per conoscere se il totale ecceda o no 150 franchi, gl'interessi corsi al tempo della domanda giudiziaria, e non quelli che correrebbero durante la istanza. Un debitore non può mutare e rendere più grave la sua condizione negandosi a darmi una scrittura o a pagarmi; se la domanda di provare con testimonî il mio dritto poteva ammettersi al punto che io la faceva, non può diventare inammessibile per ciò solo che l' affare vada alle lunghe. Questo è un punto chiaro (1), e fa meraviglia che Demante l' abbia posto in quistione (II-828).

1343 (1287).—Colui che ha fatto una domanda che eccede la somma di centocinquanta franchi, non può essere più ammesso alla pruova testimoniale, ancorchè restringesse la sua prima domanda.

1344 (1298).—Non può essere ammessa la pruova testimoniale sulla domanda di

(1) Maleville (articolo 1342 (1296)); Delvincourt (t. II); Duranton (XIII-319).

una somma anche minore di franchi centocinquanta, quando sia dichiarato che tal somma faccia parte o residuo di un credito maggiore, il quale non è provato per mezzo di scrittura.*

SOMMARIO

I. Questi articoli sviluppano e sanzionano la prima delle due idee indicate sotto il precedente articolo.

II. Una domanda di oltre 150 fr. non può provarsi con testimonî anche restringendosi la somma, tranne che non vi sia stato errore nella somma della domanda. Errore di Toullier.—La pruova testimoniale non può del pari ammettersi, e sarebbe del tutto inefficace per una somma che farebbe parte di un credito che ecceda i 150 fr.—Errore di Maleville.

III. È il medesimo per la somma residua del credito che eccede i 150 fr. Casi in cui la regola non si applica.

IV. Confutazione dell'errore sopra riferito di Maleville.

V. Altra pruova dell'errore di Duranton notata sotto l'art. 1341 (1295). Esso errore deriva da un' idea falsa di Duranton e di Demante.

I.—Abbiamo noi detto, come il principio che vieta la pruova testimoniale per l'interesse eccedente 150 franchi, consti delle due idee: 1° la testimonianza è soltanto inammessibile perchè l'interesse eccedeva la prescritta somma fin dall'origine, quantunque sia minore al presente; 2° è del pari inammessibile perchè di presente l'interesse sorpassa la prescritta somma, quantunque minore nell'origine. I nostri due artic. 1343 e 1344 (1297 e 1298) sono le applicazioni e le conseguenze della prima idea; i due articoli 1345 e 1346 (1299 e 1300) sviluppano e sanzionano la seconda.

Se il vostro dritto presentava originariamente il valore al di là di 150 franchi, eravate obbligato di fare una iscrittura, per così togliere i pericoli e gl' inconvenienti della pruova testimoniale, la quale vi sarà inibita non ostante le limitazioni o diminuzioni dal vostro dritto subite o che piace a voi imporvi.

II.—Allorche Pietro vi era ed è debitore di 200 franchi, non potreste provarlo con testimonî, nonostante che dopo intentata la vostra azione per tale somma, restringeste la vostra domanda a 150, secondo ciò che positivamente dice l'art. nostro 1343 (1297). Ma sarebbe altrimenti, che che ne dica Toullier (IX-43), se provaste che il vostro credito è veramente di 150 franchi e che per isbaglio ne chiedeste 200. Il credito che è ed è sempre stato dei soli 150 franchi, non è governato dalle regole dei nostri articoli; un errore di fatto non sarebbe ragione o pretesto per richiederne una scrittura. Ci fa meraviglia come la dottrina di Toullier intorno a questo punto non sia stata manifestata sin oggi da niuno scrittore e nè anco nel trattato speciale di Bonnier.

Non potreste nè anco provare con testimonî secondo l'art. 1344 (1298), quantunque avreste richiesto dapprima 150 franchi dei 200 che pretendeste pagati, e avreste chiesto farne la pruova; la somma chiesta *facendo parte* allora di una somma che sorpassa la prescritta, la testimonianza non sarebbe ammessa. Se invece dei 200 franchi dovutivi ne chiedeste 150 senza parlare degli altri 50, o falsamente direste

*—Se il compratore nel pagare il prezzo della vendita eccedente i ducati cinquanta, ne ritenga una somma minore di ducati cinquanta per pagarla, col consenso del venditore, ad un creditore di costui, si va a formare una delegazione, la quale costituisce una convenzione novella distinta dalla vendita, comunque stabilita ad occasione di quella; e cotale convenzione essendo assoluta, e fin dal suo nascere non riguardando che una somma minore di ducati cinquanta che si reputa passata *brevi manu* dal venditore al compratore per l'oggetto indicato, non può la somma istessa considerarsi parte e residuo di somma maggiore nel fine di escludere la pruova testimoniale. C. S. di Napoli, 9 aprile 1850.

che 150 formano il totale del debito, si dovrebbero in vero udire i testimonî; ma allorchè con la loro deposizione sarà provato che i 150 franchi fan parte di più grossa somma, la pruova sarà inutile, e la vostra domanda respinta, dappoichè chiedereste una parte di una somma maggiore di 150 fr. La contraria dottrina di Maleville, sulla quale ritorneremo al n° IV, è un errore respinto ben a dritto da tutti gli scrittori.

La somma richiesta, minore di fr. 150, potrebbe far parte di una somma maggiore della prescritta, ed essere quindi rifiutata d'altro modo. Potrebbe ella essere la frazione già corsa di un credito, di cui le altre frazioni son passate ai vostri coeredi per la morte del creditore primitivo. Se a modo di esempio, per la morte di vostro padre, voi e i vostri due fratelli avreste un credito di 300 fr., non potreste nemmeno provare con testimonî pei franchi 100 che formano il terzo del credito, nell'istesso modo, che vostro padre non lo poteva per l'intero credito, o per qualunque parte di esso. E soprattutto per tal caso a richiesta del Tribunato si sono aggiunte al nostro articolo 1344 (1298) le parole *o far parte* non esistenti nel progetto (Fenet, tom. XIII, p. 169).

III.—Non si può infine provare con testimonî per una somma minore di 150 fr., quando essa è il residuo di una somma maggiore; ed anche qui, nonostante la dottrina contraria e falsa di Maleville, la domanda dovrebbe rigettarsi anco dopo fatta la pruova, se quella circostanza fosse provata dai testimonî ammessi a deporre, perchè ignoravano i giudici che la richiesta somma fosse il residuo di altra eccedente la voluta dalla legge.

Sarebbe altrimenti se il creditore offrisse di provare con testimonî, non il debito primo maggiore dei franchi 150 la cui somma ora richiesta è il residuo, ma una promessa posteriore che specialmente riguardava quest'ultima somma. Così allorchè vi ho prestato franchi 300 innanzi a testimoni, e voi me ne avete restituito 160, io non potrei, se voi lo negaste, fare udire (onde avere pagati i franchi 140 di resto) i testimonî in faccia a cui avete ricevuto i miei franchi 300; ma se dopo avervi io prestato tale somma con testimonî o senza, mi restituiste *in presenza di testimonî* franchi 160, *e prometteste di pagarmi* in quel tempo gli altri 140, i testimonî potranno essere intesi. Nel primo caso in cui il credito è di 300 franchi, la legge non permette che si odano testimonî; nel secondo invece non figurando il credito di 300 franchi, sarà necessario udire i testimonî per conoscere se in quel giorno voi vi siete riconosciuto mio debitore di 140 franchi. Che monta in quest'ultimo caso, che una promessa prima di 300 franchi abbia preceduto la nuova di 140, e ne sia stata la causa? Non si dee provare perchè mi avrete promesso 140, ma solo se è vera la promessa; quindi può farsi la pruova con testimonî. Senza fallo, io aveva contraffatto alla legge nel giorno in cui io aveva dato in prestito 300 franchi senza volerne scrittura, nè potrei ora far pruova testimoniale per alcuna parte di essa somma; ma versando la pruova che io intendo fare sopra i 140 franchi, debbono udirsi i testimonî. Il giorno in cui voi eravate mio debitore soltanto di 140 franchi, io ho potuto provare con testimoni il vostro debito come non avrei potuto la prima volta. Così decidono Pothier (numero 756) e Toullier (IX, 46), nè per quanto sappiamo, vi ha alcuna autorità contraria.

Con più forte ragione sarebbe ammessa la pruova testimoniale se io fossi stato sempre creditore dei fr. 140 che richiedo. Allorchè io vi vendo per franchi 300 un cavallo, per il quale voi mi date al momento 160 franchi, riconoscendo innanzi a testimonî dovermi franchi 140, tali testimonî potranno essere intesi; dappoichè si vorrà provare, non già che si è fatta la vendita di un cavallo per il prezzo di 300 franchi (tali circostanze saranno accessorie), ma semplicemente che avete riconosciuto dovermi 140 franchi. Qui non esiste nemmeno la ragione di dubitare che sopra avrebbe potuto opporsi: non si può più dire in senso alcuno, che i franchi 140 sieno

il *rimanente* di un credito maggiore, perchè dell'altra porzione di prezzo pagatami quando vi rilasciava il cavallo, non sono stato mai vostro creditore. Recaci meraviglia come Duranton, che la pensa del pari, abbia però giudicato tal quistione così delicata da discuterne lungamente (XIII-322), e ci ha sorpreso che tai varî punti non siano stati cennati nel trattato di Bonnier.

IV. — Maleville (nell'art. 1344 (1298)) mal comprendendo la dottrina di Pothier ed abusando delle parole « quando *sia dichiarato* che tal somma faccia parte o residuo » insegna che la pruova testimoniale sarebbe efficace e dovrebbe fare aggiudicare la dimanda se il creditore *non dichiarasse* che la richiesta somma sia residuo o parte di un credito maggiore di 150 franchi, nonostante il fatto provato con testimonî. Gli è questo un errore, perchè ben si comprende quanto sarebbe non logico ed anche immorale il legislatore che dicesse al creditore: « Succumberete se francamente e lealmente agite dichiarando che i franchi 150 richiesti sono residuo o parte di un credito di 300 fr. Se però dite, mentendo, che una tal somma formi l'intero del vostro credito, voi vincerete, non ostante che la vostra menzogna sarà poi provata ».

Toullier respinge una tal dottrina (IX, 45 e 46) e Bonnier (num. 103) ed anche Duranton (t. XIII, 323) il quale, quantunque abbia mal compreso su tal punto il principio della legge, riconosce suo malgrado che l'idea di Maleville è contraria alla mente del legislatore. Quanto a Pothier, di cui Maleville alloga l'autorità, ei non ha detto nulla in tal senso, insegnando soltanto (n. 756) al par di noi, che la pruova testimoniale sarebbe ammessibile se la somma minore a 150 franchi si dovesse in virtù di una promessa posteriore alla convenzione primitiva ed il creditore chiedesse soltanto di provare tale promessa.

V. — Innanzi di venire ai seguenti articoli, dobbiam far notare che il nostro articolo 1344 (1298) fa toccar colle mani l'errore di Duranton rilevato da noi sotto l'art. 1341 (1295). — Se la pruova testimoniale, come dice il dotto professore, dovesse o no ammettersi secondo la somma *richiesta*, il valore *della domanda*, il nostro articolo di certo non vi sarebbe, nè la pruova testimoniale sarebbe respinta per la domanda d'una somma minore di 150 franchi, conforme il nostro articolo, quando essa è residuo o parte di una somma maggiore: dippiù Duranton censura amaramente cotesta disposizione (XIII, 321) che è per lui tale *assurdo* da dovere *togliersi affatto dal Codice* (numero 223, *in fine*). Difatti il nostro articolo è assurdo nel sistema di lui, ma il suo non è quello della legge; e la stessa assurdità, la contraddizione del sì e del no in cui cade l'onorevole scrittore, avrebbe dovuto avvertirlo della falsa via da *lui tenuta*, e di non avere ben compreso il principio dello art. 1341 (1295).

Cotesto errore proviene dalla falsa idea di Duranton, ammessa pure da Demante (II, nn. 826 e 827), che il divieto della pruova testimoniale sia nato dal solo timore che si subornassero i testimonî. Se fosse ciò vero, allora, poichè la legge ha un timore abbastanza grave per le somme maggiori di 150 fr. e non per quelle *minori* (non cercandosi in fatti falsi *testimonî per* bagattelle), la pruova testimoniale dovrebbe ammettersi *tutte le volte* l'attore non domandi più di 150 fr. Che i 150 fr. sieno tutto il credito, ovvero residuo di altro maggiore, di cui una frazione è stata pagata, o soltanto parte di un credito, di cui il creditore, per non perderlo tutto, sacrifica il resto, non monterebbe: quando da una mano, io non domando più di 150 fr. nè posso ottenerne di più, e dall'altra la legge ammette il tenore della subornazione (che per ipotesi supponiamo il solo motivo del divieto) per un interesse maggiore di 150 fr., la mia domanda deve accogliersi. In questo sistema adunque la pruova testimoniale dovrebbe ammettersi o no, secondo il valore della domanda, e dovrebbero cassarsi i nostri articoli 1343 e 1344 (1297 e 1298).

Ma abbiamo veduto dal sopraccitato preambolo dell'ordinanza di Moulins, e si vede

anche più chiaramente dalla disposizione dei nostri due articoli, non essere questo il sistema della legge, la quale ha voluto impedire, per quanto era possibile, la pruova testimoniale, non solo per le false testimonianze, ma pure per le difficoltà, per le lentezze e gli ostacoli che ella trae seco la pruova testimoniale. Sotto questo secondo aspetto, ben diverso dal primo, essa ha fissato pure la somma di 150 franchi essendo impossibile il proibire assolutamente la pruova testimoniale, e il volere una scrittura (e quindi un atto notarile, quando le parti non sapessero scrivere) per convenzioni di 25 o 30 franchi, o anche per meno. Ma l'essere identica la differenza nei due casi, non fa che i due motivi non siano fra loro diversi e non portino diverse conseguenze. Per effetto del secondo motivo, se la somma richiesta (sebbene minore di 150 fr: non fa temere legalmente la subornazione) è parte o residuo di una somma maggiore di 150, non sarà ammessa neanco la pruova testimoniale. « Io voglio, dice il legislatore, fatta anche astrazione del pericolo dei falsi testimoni, che non si ammetta, per quanto è possibile, la pruova testimoniale, e quindi ho prescritto che si faccia una scrittura ogni qualvolta ne valesse la pena, cioè quando l'interesse fosse maggiore di 150 fr. Voi eravate tenuto a ciò per l'obbietto di cui domandate ora una parte, per quanto poca sia; la vostra dimanda fa così introdurre la pruova testimoniale in un caso in cui è vietata dalla mia regola: non la farò dunque buona ».

Così divengono molto semplici e razionali le disposizioni stimate assurde da Demante e Duranton, i quali non riguardano intero il concetto della legge.

1345 (1299),—Se nel medesimo libello una parte fa più domande delle quali non abbia titolo in iscritto, ma che congiunte insieme eccedano la somma di cento cinquanta franchi, la pruova per testimoni non può essere ammessa, ancorchè la parte alleghi che tali crediti provengono da cause diverse, e che si sien formati in tempi diversi, purchè simili diritti non derivassero da diverse persone per titolo di successione, donazione o altrimenti.

SOMMARIO

I. Quando più crediti, che non eccedono i 150 fr., riuniti sorpassino quel valore, una scrittura divien necessaria.

II. La regola non è già pei dritti o crediti pei quali può farsi la pruova testimoniale; si eccettuano solo quelli che provengono da altre persone. Errore di Toullier.

III. È pur così, non avendo riguardo se i dritti sieno anteriori o posteriori a quelli che restano soggetti all'articolo. Osservazione sulla dottrina di Duranton.

IV. Confutazione della censura fatta al nostro articolo da Toullier.

I. — La legge, avendo dichiarato nei due precedenti articoli inammissibile la pruova testimoniale per qualunque credito che in principio sia maggiore di 150 fr., quand'anche fosse poi diventato minore, ovvero se ne chiedesse una parte minore di 150; la legge, dico, nel nostro e nel seguente articolo stabilisce essere inammissibile la pruova testimoniale per tutto o parte dell'interesse che ecceda i 150 franchi al tempo della dimanda, sebbene sia stato minore in principio.

L'art. 1342 (1296), come si è osservato, applica quest'idea ad un credito unico che si accresca coi suoi accessori, i nostri articoli lo estendono a parecchi crediti insieme riuniti.

Quando alcuno sia divenuto successivamente creditore rispetto ad altri di varie somme (o altri valori), ciascuna delle quali minore a 150 fr., ma che riunite sono maggiori, ha dovuto pretendere una scrittura, quando i suoi dritti eccedevano la meta stabilita dalla legge. Così se vi

ho venduto in gennaro una cosa per 100 franchi che non mi avete pagato; in marzo ve ne ho noleggiato un'altra per 40 franchi che neppur pagaste, e poi mi domandate in prestito 20 franchi; elevandosi il mio drittto contro di voi a 160 per questa ultima piccola somma, io posso prestarvela facendo una scrittura che comprovi, o i tre debiti, o almeno uno di essi, di modo che io possa sempre ottenere contro di voi la pruova testimoniale per non più di 150 franchi.

La legge vuol questo; e siccome il nostro articolo, ordinando che si aggiungesse lo ammontare dei varî crediti richiesti *nella medesima istanza*, farebbe facilmente violare la regola (potendosi dal creditore far tante istanze, quante sono le cose dovute), il seguente articolo, per far che la regola sia applicata, prescrive che tutte le domande sian fatte con unica citazione, pena di non essere più ammesse.

II.—A formare il totale che eccedendo 150 franchi renda impossibile la pruova testimoniale, non si devono contare i crediti, che si possono provare sempre con testimonî. Così non si conteranno: 1° quelli che avendo un principio di pruova per iscritto possono essere provati con testimonî, giusta l'articolo 1347 (1301); 2° quelli che nati quando era impossibile il farsi una scrittura, possono pienamente provarsi con testimonî, secondo l'art. 1348 (1302). Non era necessario che il nostro articolo enunciasse coteste idee, perchè non si sarebbe mai vietata la pruova testimoniale per crediti, i quali benchè *riuniti* eccedessero i 150 franchi, pure ciascuno benchè *per se solo* fosse maggiore di quella somma, non fosse governato dal divieto.

Ma oltre tali restringimenti (che non sono propriamente eccezioni alla regola, perchè essa non li abbraccia) havvi una eccezione nel nostro articolo che riguarda i dritti, i quali benchè non governati nè dall' articolo 1347 (1301) nè dall'articolo 1348 (1302) non potrebbero essere governati senza ingiustizia dalla nostra disposizione, essendo nati presso persone diverse, e riuniti poi in una sola persona per successione o in altro modo. Così se io vi avessi prestato 100 franchi senza scrittura, e altrettanti in ugual modo mio fratello, essendo costui morto senza discendenti nè ascendenti, io sarei vostro creditore di 200 fr., ovvero viceversa se io avessi prestato a voi 100 franchi ed altrettanti a vostro fratello, voi poi diverreste mio debitore di 200 come solo erede del fratello. In questi e in altri simiglianti casi non sono in colpa di non avere scrittura, poichè senza mia volontà si sono riuniti i varî dritti, minore ciascuno di 150 franchi, e riuniti eccedenti quella somma. I due crediti adunque potranno provarsi contro di voi come avrebbero potuto esserlo da mio fratello e da me separatamente, o da me contro di voi e di vostro fratello.

Ma da tale eccezione pei dritti derivanti da persone diverse, non vuolsi inferire con Toullier (IX-52), che vi sia pure eccezione pei dritti che derivano da una sola persona e che poi si dividono in più. Così quando mio padre che è vostro creditore di 100 franchi per una vendita fatta senza scrittura, ve ne ha prestati altri 100 anche senza scrittura, mio fratello ed io rimasti suoi eredi, non potremmo provar con testimonî, ciascuno pei nostri 100 fr., come mio padre non l'avrebbe potuto pei 200.

Sotto qualunque aspetto la cosa si riguardi, parrà giusta la nostra sentenza e chiaro l'errore di Toullier.

E dapprima, come mai gli eredi del creditore avrebbero maggiori diritti che lo stesso creditore? Come mai il padre avrebbe morendo trasmesso ai suoi figli una facoltà ch'egli non aveva? Toullier dice che la pruova testimoniale che non poteva farsi per accidente, stando riuniti in una persona i due crediti, deve permettersi quando i due crediti distinti si separano.

Due errori in una volta; perchè da una mano i due crediti sono indivisi l'uno e l'altro come prima; i due eredi non hanno l'uno il credito del prestito, e l'altro quello per la vendita; ma ciaschedun di loro ha la metà dei due crediti, per forma che la riunione dei due crediti in unica

persona esiste sempre (per la metà di ciascuno) presso ognuno degli eredi, come (per l'intero) presso il defunto. E poichè i due crediti son sempre congiunti, vien meno l' argomento cavato dalla loro pretesa separazione (che solo si può immaginare per dar colore alla eresia di Toullier). D'altra mano, fossero anche i due crediti realmente separati l'uno dall'altro, come se il creditore primo avesse legato, donato o venduto ciascuno di essi a due diverse persone, come mai ciò renderebbe ammessibile la pruova testimoniale? Forse i crediti acquistano maggiore energia passando da uno a più creditori? Forse la condizione di un debitore, reale o preteso, può divenire peggiore perchè il creditore dividerà fra più persone i varî crediti suoi? Quindi per poter provare con testimoni tutti i piccoli crediti eccedenti i 150 franchi, sarebbe necessario che tanti cessionarî, veri od apparenti per quanto sono i crediti, ne facessero la domanda! — Per poco che si ponga mente, ben si comprende come l' idea di Toullier è assai contraria a tutto il sistema dei nostri articoli! Perchè mai il nostro art. 1345 (1299) vieta la pruova testimoniale per un interesse di oltre 150 fr. quando pure si dichiarasse provenir la somma da crediti diversi? Perchè la legge teme i falsi testimonî, e non sarebbe più difficile dichiararsi la somma come proveniente da più crediti, che da un solo: per ciò quando mi domandate 300 franchi che io sostengo non dovere (e che forse non devo), voi non potrete provar con testimonî nè i due pretesi debiti di 150 fr. nè un solo di 300. Or come si vorrebbe mai che i due eredi o pretesi cessionarî del mio preteso creditore potessero con falsi testimonî essere ammessi a provare che i 300 fr. provengano da due debiti di 150 fr. per uno?

L'errore di Toullier, che non è neppure specioso per quanto riguarda gli eredi, (poichè nemmeno esiste per essi la pretesa separazione dei crediti) è pertanto egualmente certo per tutti gli altri successori quali che siano.

III. — I crediti che son governati dagli articoli 1347 o 1348 (1301 o 1302) (pei quali è inapplicabile il nostro articolo), come pur quelli che provengono da diverse persone (e pei quali l'articolo fa una eccezione) dovranno essere esclusi dal calcolo, precedano o seguano gli altri crediti del medesimo attore. Così allorchè vi domando 200 fr., cioè 100 prestativi, ed altri 100 depositati presso di voi in un incendio (art. 1348 (1302)), non importa se il deposito abbia preceduto o seguìto il prestito, in tutti i casi io potrò ottenere pei miei due crediti la pruova testimoniale.

Infatti, se il deposito necessario ha preceduto lo imprestito, io avrei potuto pretendere da voi una scrittura divenendo vostro creditore di oltre 150 franchi. Ma se *posso* pretenderla, non vi *sono* però *costretto*; essendochè io posso ben dire che al mio deposito essendo inapplicabile il nostro articolo, doveva quindi esserlo al mio prestito, ed essendomi permessa la pruova testimoniale, io non doveva pretendere da voi un titolo scritto (e farvi pagare inutilmente le spese di un atto notarile se voi non sapete scrivere). La uguale osservazione regge per il caso in cui, prima del prestito, avessi avuto contro di voi uno o più crediti di 100 fr. per uno, che provengono per successione o in altro modo da varie persone: poichè la legge fa eccezione alla regola, senza distinguere se siano anteriori o posteriori ai crediti eccettuati, io non ho punto contraffatto alla legge bastandomi la pruova testimoniale. La legge è di certo molto severa in tutti i nostri articoli, nè si possono estendere le sue disposizioni.

Duranton (XIII-324) applicando un sistema molto strano, e che per mala ventura s'incontra spesso nell'onorevole scrittore, incomincia a *provare*, come noi abbiam fatto, che in tal caso la pruova testimoniale deve ammettersi assolutamente, non ostante che esistano e sieno noti dei crediti a cui non si applica il nostro articolo; di poi senza altro nuovo argomento conchiude esser difficile la quistione, ed *esser lui tratto a credere che i tribunali*

non ammetterebbero la pruova testimoniale. Che importa ciò? La è forse una quistione di fatto che debbono valutare i magistrati? No: egli è un punto di dritto; e se è vero, come dice Duranton, che la pruova testimoniale è ammessa dal Codice, una sentenza che la dichiarasse inammessibile violerebbe la legge e dovrebbe esser cassa.

IV. Secondo il nostro articolo, come ben si vede, non può ammettersi la pruova testimoniale per tutti insieme, e per ciascuno dei dritti che si hanno contro la stessa persona, quando essi, a solo, minori di 150 fr. sieno maggiori riuniti, tranne che tali dritti non provengano da diverse persone, ovvero non sieno di quelli per cui la legge ammette la pruova testimoniale.

È questa una conseguenza indiretta, ma necessaria, dello stesso principio dell'articolo 1341 (1295), è un mezzo per assicurarne l'adempimento; nè comprendiamo l'amara censura di Toullier contro siffatta disposizione (IX-48). Poichè la legge, per tema che si subornassero i testimonî per un interesse maggiore di 150 fr., non volle ammettere contro il mio preteso debitore la pruova testimoniale per una somma o un valore eccedente i 150 fr., era necessario, onde essere conseguente, di dettare la regola del nostro articolo. Allorchè per mezzo di falsi testimoni avessi voluto far condannare un tale a pagarmi 200 o 300 fr., avrei ben potuto far deporre che egli mi era debitore di 100 o di 150 fr. per un prestito fatto in quel tempo, e di altrettanta somma per un oggetto vendutogli in quell'altro tempo. Indarno Toullier dice esser chimerico il timore, richiedendosi diversi testimonî per ciascuno dei crediti allegati, dappoichè, a prescindere che il sistema, essendo moltiplici i crediti, restringerebbe il dritto di provare con testimoni (per modo che Toullier si contraddice, pretendendo che il dritto dovrebbe essere assoluto in questo caso), questo sistema dico, sarebbe altronde insufficiente, poichè il creditore vero o preteso, avrebbe a procurarsi un maggior numero di falsi testimonî. Quegli che sa procacciarsene due o tre potrà bene procacciarsene quattro o cinque.

1346 (1300).—Tutte le domande, da qualunque causa procedono, che non sieno interamente giustificate per mezzo di scrittura, debbono proporsi in un medesimo libello, dopo il quale *non potranno* riceversi altre domande delle quali non esista la pruova scritturale.

SOMMARIO

I. Quest'articolo mira a garentire l'esecuzione del precedente, e a ristringere il numero delle liti.—Inesattezza di Demante.
II. Esso non si applica ai dritti nati dopo intentata l'azione. Errore di Delvincourt.
III. Nemmeno si applica ai dritti non ancora esigibili.—Insufficienza della dottrina degli scrittori.—Errore di Zachariae.
IV. Le domande non giustificate con una scrittura, che non son comprese nella medesima citazione, sono poi non ammissibili. Errore di Toullier e di Duranton.

I.—Sarebbe stato inutile il divieto della pruova testimoniale per le domande che, minore ognuna di 150 fr., riunite sieno maggiori, se il preteso creditore avesse potuto non riunirle e fare ognuna di esse a parte e successivamente. Il precedente articolo vuol che le varie domande si facciano insieme; a non riuscire derisorio, dal nostro articolo si ordina che tutte si fossero fatte con unica istanza.

L'articolo dunque mira a sanzionare il precedente e a garentirne l'adempimento. Ma non è questo il solo oggetto nè si potrebbe pienamente spiegare la sua disposizione stando al primo motivo, come a torto fa Demante (II-831). L'articolo si propone anche di restringere per quanto è possibile il numero delle piccole *liti*.

Infatti : 1° Si debbono fare insieme e con una medesima istanza non solo le varie domande, che riunite dovranno eccedere 150 fr., ma pur quelle che riunite restano minori. 2° Si debbono anche fare le domande di oltre 150 fr. non solo quelle per le quali è vietata la pruova testimoniale, e che sono governate dal precedente articolo, ma anche quelle per le quali è assolutamente permessa la pruova testimoniale, o per un principio di pruova per iscritto (art. 1347 (1301)), o perchè impossibile di procurarsi un titolo (art. 1348 (1302)). Difatti, secondo l'articolo, si debbono riunire tutte le domande che non sieno *interamente giustificate per mezzo di scrittura*, aggiungendosi che non potranno riceversi poi quelle domande delle quali non esiste la *pruova scritturale*, e non solo un principio di pruova per iscritto. 3° Da ultimo non si tratta solo dei dritti nati per una persona, ma anche di quelli che provengono da diverse persone, sebbene queste ultime sieno eccettuate dalla disposizione dell'art. 1345 (1299): di che non si può aver dubbio, paragonando la disposizione assoluta del nostro articolo alla distinzione scritta nel precedente. In coteste tre idee non si tratta del divieto della pruova testimoniale, e sotto questo triplice aspetto il nostro articolo tende solo a restringere il numero delle liti, a combinare insieme parecchie istanze, e ad ottenere maggiore speditezza negli affari. Se la legge avesse qui voluto proteggere il principio stanziato dall' articolo 1341 (1295) e garentito dall' articolo 1345 (1299), non avrebbe richiesto che si riunissero le domande che non possono provarsi con testimonî, ed avrebbe escluso dalla regola: 1° I dritti che si fondano sopra un principio di pruova per iscritto (articolo 1347 (1301)) o pei quali non si può avere un titolo (art. 1348 (1302)). 2° Tutti quelli che riuniti non eccedono i 150 fr. (art. 1341 e 1345 (1295 e 1299)). 3° Quelli che, riuniti eccedendo 150 fr. nè governati essendo dagli art. 1347 e 1348 (1301 e 1302), possono anche provarsi con testimonî, perchè provengono da diverse persone. Col motivo di Demante si spiega adunque in una sola parte la regola del nostro articolo.

II. — La regola non si applica ai crediti (o altri dritti) nati dopo introdotta l'azione. Sarebbe assurdo che io mettessi fra le mie domande quella di un dritto che non ho e che non sospetto forse neppure possa avere. Quando l'articolo ordina che si domandino insieme tutti i crediti non giustificati per mezzo di scrittura, parla certamente di quelli che esistono; e di conseguenza i crediti (non giustificati sempre per mezzo della scrittura) che non si possono più ammettere dopo, sono unicamente quelli che già esistendo non sono stati racchiusi nella prima citazione. Non avremmo immorato su tale idea, se per una inconcepibile stranezza Delvincourt non avesse detto il contrario (sez. II, § 6, nota 3). Egli, a rendere apparentemente ragionevole la sua falsa dottrina, incomincia dal separare le due proposizioni dello articolo; di poi spiegando la seconda, come assoluta e indipendente dalla prima, dice che quando un creditore ha dovuto provare per mezzo di testimonî il suo dritto contro il debitore che nega, ed ha riconosciuto la mala fede di costui, non si può ritenere che gli abbia poi prestato senza scrittura anche una lieve somma, e quindi non sorprende che la legge voglia che un credito nato dopo la prima domanda sia giustificato per mezzo della scrittura.

Quante false idee in poche parole! E primieramente, il dichiararsi inammessibili dopo una prima azione le domande (non giustificate per mezzo di scrittura) che in quella non sono state comprese, non è assoluto e indipendente dalla regola per cui tutte le domande debbonsi riunire nella medesima istanza; ma ne è invece conseguenza e sanzione. Perchè io ponga nella medesima istanza tutte le domande (non giustificate per mezzo della scrittura) è vietato che si possano poi ricevere quelle che ne avrei escluso. Se è chiaro che l'ordine di riunire le domande non riguarda i dritti che non esistono quando io intento l'azione, è pur chiaro ch' essi non

son nemmeno riguardati dal divieto di accogliersi qualunque domanda posteriore.— D'altra mano, seppur si riguarda sotto l'aspetto inesatto di Delvincourt, la ragione ch'egli ne dà è insieme falsa e insufficiente (fosse anche vera) per menare alla sua conclusione. È falso da una mano, che io non possa contentarmi della pruova testimoniale per provare, rispetto anche ad un debitore poco delicato, un credito che non ecceda 150 fr., poichè ammessala per poco bastano i testimonî per sottrarmi dall'arbitrio di lui. Senza fallo io non devo rispetto a tal debitore privarmi di qualunque sorta di pruova (in ogni caso ciò riguarda me e non la legge); ma io posso contentarmi d'una pruova testimoniale quando è ammessa. Infine, quando pure l'argomento di Delvincourt, nella speciale ipotesi in cui egli si pone, fosse tanto decisivo quanto non è, sarebbe sempre di poco momento per la quistione. Infatti, il nostro articolo non è solo fatto per un prestito o altro qualunque credito nato per volontà del creditore; non solo per questi crediti, secondo Delvincourt, sarebbe inammessibile la domanda per non essere stata compresa nella prima istanza (non ostante che sorga poi il dritto), ma per tutti i crediti non giustificati per mezzo della scrittura, sieno nati con, o senza la volontà del creditore. La qual circostanza fa toccare con le mani l'errore da noi combattuto. E che! perchè ho sperimentato contro di voi due o tre anni fa un'azione, nella quale ho dovuto riunire e ho riunito in fatti i diversi crediti non giustificati per mezzo della scrittura, non potrei oggi provar con testimonî che voi mi dovete ristorare per la ferita cagionatami poche settimane addietro! Non si potrebbe ammettere cotesta nuova domanda di cui è nata la causa pochi giorni fa, per lo strano pretesto di non averla formata due anni sono!

Adunque il sistema di Delvincourt è falso in tutto; una nuova domanda (che non è giustificata per mezzo della scrittura) non può dichiararsi inammessibile se riguardi dritti nati dopo lo sperimento d' una prima azione, perchè la inammissibilità deriva dal non essersi fatta una domanda, insieme colle altre, nella prima azione.

III. — Quel che diciamo dei dritti che non erano nati al tempo della prima azione, si estende a quelli per pretendere i quali non era ancora venuto il tempo?

Gli scrittori trovano evidente l'affermativa; e Bonnier specialmente la vede tanto chiara che non solo non ne dà alcun motivo, ma gli basta annunciarla solo per incidenza con dire: « Questa disposizione *che comprende* EVIDENTEMENTE *i debiti* CORSI; » e poi passa ad altra quistione (1). Non ostante tal supposta evidenza, Zachariae (V, p. 715, nota 41) si dichiara contrario a quegli scrittori, e la sua dottrina se è erronea secondo noi, è degna almeno di discussione, e gli scrittori ebbero torto di non riguardare questo punto di dritto con maggiore importanza.

Per la negativa si dice: che il tempo più o meno remoto in cui si ha dritto a riscuotere, non entra nella quistione; e che dovendo giusta l'artic. 1345 (1299) ogni creditore i di cui dritti son giunti a 150 franchi, procurarsi una pruova scritta (tranne che nol possa) per tutto ciò che accrescerà appresso i suoi dritti, la sua obbligazione non può venir meno perchè il novello credito o uno degli antichi possa riscuotersi in tempo remoto.

Ma cotesta idea che potrebbe far gravemente dubitare, non basta per far decidere; ed ecco ciò che a me sembra doversi dire; la prescrizione stabilita dagli articoli 1341 e 1345 (1295 e 1299), siccome la sanzione data dal nostro articolo 1346 (1300) sono certamente abbastanza rigorose, nè si può andare più oltre. Le regole dell' interpetrazione non permettono che si estenda l' art. 1346 (1300) che è una disposizione eccezionale, penale anche nella sua ultima parte, e tutto ciò che non è vietato, vien permesso come per dritto

(1) Toullier (IX-50); Favard (Rep., alla parola *Pruova*, n. 14); Duranton (XIII-327); Dalloz (sezione 2, art. 2, n. 14); Bonnier (n. 103).

comune. Si violerebbero dunque i principî fondamentali della legge per volere profondar troppo lo spirito dei nostri articoli, se si pretendesse ciò che essi non vogliono. Pertanto l'art. 1345 (1299) vuol che si accumulino tutte le domande fatte *nella medesima istanza*, e il nostro art. 1346 (1300) ordina che si riuniscano nella medesima istanza e si formino con unica citazione tutte *le domande* non giustificate per mezzo della scrittura. Or non si possono domandare i crediti per riscuotere i quali non sia venuto il tempo; essi dunque non possono domandarsi nella istanza introdotta per gli altri; dunque la regola non li governa.

Zachariae fa obbiezione, che se i crediti non esigibili non possono *domandarsi* con la citazione, possono almeno indicarsi, acciocchè il giudice li valuti insieme con gli altri. Avrei potuto farlo, ma non era obbligato; e la legge essendo abbastanza severa, io non doveva far più di quello che da essa si pretendeva. L'art. 1346 (1300) prescriveva ch'io facessi insieme tutte le domande (non giustificate per mezzo della scrittura) e ciò ho fatto; l'art. 1345 (1249) prescriveva che si annullassero tutte le domande e l'ho fatto; ed ecco tutto; volere altro sarebbe un far da capo la legge, non spiegarla od applicarla. La legge avrebbe potuto andare più in là; avrebbe potuto dire nell'art. 1346 (1300) che il creditore, chiedendo i crediti capaci di esser chiesti, *indicasse* gli altri, e poi ordinare nell'articolo 1345 (1299) che si annullassero tutti i crediti chiesti o *indicati*; ma non avendolo fatto, non v'è dritto a farlo.

Adunque la dottrina degli scrittori, se è insufficiente in sostanza, è perfettamente esatta, ed è invece erronea quella di Zachariae.

IV. — Ma le disposizioni troppo severe del nostro articolo, se non debbono estendersi, debbonsi ammettere intere, e quindi bisogna confutare un errore commesso qui da Toullier (IX, 49) e da Duranton (XIII, 328).

Essi insegnano che le domande non giustificate per mezzo della scrittura, che non furono comprese nella citazione, non possono provarsi con testimonî, ma saranno nondimeno ammissibili, salvo all'attore un altro mezzo di pruova, deferendo il giuramento al suo avversario. Tal dottrina si oppone al testo ed allo spirito del nostro articolo; al testo perchè dice, non che le domande posteriori *non potranno provarsi con testimonî*, ma, che *non saranno ammesse*; al suo spirito perchè si vogliono menomare le liti. O col giuramento deferito allo avversario, o colla pruova testimoniale si farebbe sempre una lite nuova; si succederebbero sempre le istanze, quando la legge ne voleva una sola.

2. Eccezioni al divieto della pruova testimoniale.

I due principî sviluppati nel precedente paragrafo, cioè: 1° che la pruova testimoniale è inammissibile per un interesse maggiore di 150 fr.; e 2° che è inammissibile, anche per un interesse minore, contro od oltre il contenuto negli atti; soffrono eccezione in tre casi: 1° quando vi è un principio di pruova per iscritto (articolo 1347 (1301)); 2° quando è stato impossibile avere una pruova per iscritto (art. 1348 (1302)); e 3° quando sono affari commerciali (art. 1341 (1295)).

Svilupperemo questi tre casi, indicando in fine i motivi per cui rigettiamo la dottrina che ne ammette un quarto nel consenso dato dall'avversario per farsi la pruova testimoniale.

1347 (1301). — Le regole esposte di sopra ammettono eccezione, quando esiste un principio di pruova scritturale.

Si ha per tale qualunque scrittura che derivi o da colui contra il quale si propone la domanda, o da quello che egli

rappresenta, e che rende verisimile il fatto allegato.*

SOMMARIO

I. Oggi il principio di pruova per iscritto, è sotto le condizioni indicate nel nostro articolo. Errore di Toullier.

II. Quindi non può scorgersi nè nell'atto privato che l'avversario nega o disconosce finchè non vi sia stata verificazione; nè in vantaggio d'un creditore, nelle quietanze da lui firmate. Diversi errori di Toullier.

III. Un atto può essere, o scritto da una persona, e non firmato, o semplicemente firmato; oppure nè scritto nè firmato da essa. In quest'ultimo caso bisogna che l'atto sia ricevuto da un pubblico ufficiale capace di attestare da chi l'atto emani. Errore di Toullier.

IV. La scrittura deve render verosimile ciò che si allega. — Questa condizione non ha luogo nel titolo costitutivo di una rendita, quando si vuol provare essere stata interrotta la prescrizione di tale rendita. — Errore di due decisioni. E nemmanco nell'atto che enuncia, come formata fra parecchi una convenzione, ma a cui non tutti avrebbero assentito. Errore di Toullier, e di Duranton.

V. Essa ha vaglia per il biglietto che porta la firma del debitore, senza il buono *voluto dall'art.* 1326 (1280). *Errore di Delvincourt. E nell'atto fatto semplice in contravvenzione all'art.* 1325 (1279 M). *Errore di Duranton, Bonnier, Zachariae, ecc.*

VI. Il nostro articolo non fa punto eccezione all'art. 1346 (1300).

I. — Il divieto che si faccia un' intera pruova per testimonî; non toglie che si renda completa con essi la pruova di cui qualche scrittura dà un principio: il nostro articolo permette la pruova testimoniale quante volte ciò che si allega e si vuol provare si fonda sopra *un principio di pruova per iscritto*. Se non fosse stato definito dalla legge ciò che intendesi per principio di pruova per iscritto, si avrebbe potuto aver per tale qualunque scrittura che renda verosimile il fatto allegato; ma oggi non esiste più quella latitudine di un tempo, quando eran mute intorno a ciò le ordinanze. Legalmente vi è principio di pruova per iscritto, quando la scrittura riunisca in se le due condizioni: 1° di rendere verosimile il fatto; 2° di emanare da colui a cui si oppone.

Toullier (IX, 70, 90, ec.) tenta invano di schivare il testo del nostro articolo, allegando or l'autorità di antichi scrittori, come Boiceau, Danty, ecc.; ora le disposizioni degli art. 1329 (1283) (*posto in* armonia coll' articolo 1367 (1391)) *1335* (1289), 2° e 3°, 1336 (1290) affin di sostenere che non debba aversi riguardo alla persona da cui l'atto emani. Non volendo qui notare, perchè ci trarrebbe troppo in lungo, tutte le idee inesatte annunciate in questa materia dal dotto professore di Rennes, risponderemo da una mano che nella

* Massime della C. S. di Napoli:

— Un verbale di conciliazione fatto nello interesse di minori, non costituisce contro i medesimi neppure un principio di pruova scritta. 1° ottobre 1822.

— Non forma principio di pruova capace a fare ammettere la pruova testimoniale per la simulazione di un atto fra le parti quello che può interpetrarsi nel senso di quest'atto e nel senso opposto. 6 marzo 1827.

— Le confessioni che si fanno innanzi a' giudici penali possono tener luogo di principio di pruova per iscritto. 7 luglio 1827.

— È principio di pruova scritta anche una scrittura fatta nell' interesse di un analfabeta, ma autenticata da notaio e firmata da testimoni. 28 febbraro 1832.

— Dalle clausole di un contratto non può trarsi un principio di pruova che valga per l'ammissione della pruova testimoniale diretta a rovesciarlo. 17 febbr. 1849.

— Non costituiscono principio di pruova scritta quegli atti nei quali non si è intervenuto. 24 luglio 1851.

— Il magistrato non può ritenere le scambievoli deduzioni delle parti in giudizio come principio di pruova, per ammettere una pruova vietata dalla legge. 17 luglio 1852.

— L'interrogatorio non può somministrare principio di pruova per ammettersi la pruova testimoniale. 21 agosto 1852.

— Un documento intimato dal debitore nel corso del giudizio, quantunque non provenga da lui, può nondimeno servir contro di lui come principio di pruova per iscritto. 5 aprile 1853.

quistione non fa peso l'autorità degli antichi scrittori (poichè al tempo loro non era stato legalmente definito il principio di pruova per iscritto); e che d'altra mano, se pure gli art. 1329, 1367, 1335 e 1336 (1283, 1321, 1289 e 1290) menassero alle conseguenze che vuole Toullier, coteste disposizioni sarebbero sempre eccezionali, le quali anzichè distruggere confermerebbero la regola.

La regola è troppo formale: il secondo paragrafo del nostro articolo è fatto unicamente per dire, che la scrittura che renda verosimile ciò che si allega deve emanare da colui a cui si oppone.

Essendo dunque in errore Toullier, bisogna ritenere insieme cogli scrittori e la giurisprudenza, essere certe le due disposizioni: 1° per la pruova delle convenzioni o altri fatti anteriori al Codice Napoleone, non dovere i giudici aver riguardo alla persona da cui l'atto emana; 2° pei casi governati dal Codice non potere i giudici ammettere una scrittura che non emani dall'avversario (o dal suo autore o da chi lo rappresenti) senza violare il nostro articolo, e correre il rischio di vedere annullate le loro statuizioni (1).

II. — Da questo primo e capitale, Toullier è stato tratto ad altri errori nei particolari.

Così, per esempio, se il mio avversario nega il carattere o la firma che io pretendo esser di lui, o non riconosce il carattere o la firma del suo autore (articolo 1323, 1324 (1277, 1278)), la scrittura allegata da me come principio di pruova, potrebbe solo valere, se verificata in giudizio. Finchè non si raccerti se la scrittura sia o no di quello a cui è attribuita, non si può dire che l'atto emani da lui; ma questa appunto è la questione. Quando dunque Toullier (IX, 76) novera fra le scritture che costituiscono principio di pruova, quelle private di cui il carattere o la firma son negati o non riconosciuti, incorre in un grave errore rigettato a buon diritto da Bonnier (n° 108) e da Zachariae (V, p. 731).

Erra similmente insegnando (IX, 99) che il creditore di una rendita, contro cui è opposta la prescrizione dallo erede del debitore, può allegare come principio di pruova per iscritto, affin di poter provare con testimoni la interruzione della prescrizione, le quietanze dei decorsi date al debitore (che, morto costui, si sono menzionate nell'inventario steso nel suo domicilio, come esistenti fra le sue carte). Certamente le quietanze non emanano dal debitore, ma dal creditore; esse se non per sè stesse, almeno perchè esistono fra le carte del debitore, possono render verosimili contro di lui i pagamenti enunciati, e che il creditore allega si sieno fatti; ma delle due condizioni volute, ne hanno una sola che è la prima, non essendo atti emanati da colui a cui si oppongono. — Le quietanze possono rendere soltanto *verosimile* contro il debitore, che siensi realmente fatti i pagamenti allegati dal creditore; ma non potremmo ammettere che li rendono *certi*, ed ecco una nuova contraddizione alla dottrina di Toullier. Infatti, il celebre professore insegna, che se vi è un semplice principio di pruova (e quindi una semplice verosimiglianza dei pagamenti allegati) quando le quietanze che trovansi annotate nell'inventario si riferiscono a pagamenti posteriori a quelli che il creditore pretende avere interrotta la prescrizione, vi sarebbe piena pruova (e quindi certezza che i pagamenti sieno stati effettivi) se esse si riferissero ai pagamenti allegati come interrompenti. Or ciò non è da ammettersi; quando affin di provare ciò che la quitanza raccerta, cioè la liberazione del debitore, essa si allega da colui di cui è il titolo, cioè dal debitore contro il creditore, certamente pruova contro quest'ultimo il pagamento enunciato, e rende verosimili quelli anteriori. Ma quando al-

(1) Merlin (Rep., alla par. *Principio di pruova*); Duranton (XIII-352); Bonnier (nn. 107-108); Zachariae (V, p. 733); Sebire e Carteret (alla parola *Principio di pruova*); Demolombe (V-503); Rig., 17 nov. 1829; Rig., 16 ag. 1831; Cass., 30 dicembre 1839 (Dev., 31, 1, 404; 40, 1, 139).

l'incontro la quietanza è stata allegata dal debitore contro il creditore che l'ha scritta, non fa piena pruova, non essendo impossibile che un creditore, essendosi prescritta la sua rendita, mettesse, o facesse mettere nelle carte del debitore, a sua insaputa, una o molte quietanze che indichino i pretesi pagamenti di decorsi che non sono stati mai fatti.—Adunque le quietanze allegate dal creditore non potranno mai rendere certi i pagamenti da lui allegati, ma solo verosimili; ma d'altra mano, non emanando gli atti da quello contro cui si oppongono, non potranno essere nemmeno per il creditore un principio di pruova per iscritto.

III.—Il principio di pruova per iscritto può essere o in una scrittura firmata da un tale, o in linee scritte e non firmate, o in fine in atti nè scritti nè firmati da lui. Così, da una parte, le enunciazioni fatte da una persona o nei suoi registri, o in una lettera missiva, o in altro luogo, potranno certamente, fossero anche non firmate, esser principio di pruova per iscritto di tutti i fatti che quelle renderanno verosimili, poichè vi è una scrittura; ed emana da colui a cui si oppone e rende verosimile il fatto allegato che sono appunto le condizioni richieste.—D'altra parte, l'atto nè scritto nè sottoscritto dalla persona potrebbe sempre esser principio di pruova per iscritto contro di lei, se è un atto autentico che abbia la sua forza indipendentemente dalla firma. In tal caso sarebbe un atto notarile in cui essendo voi intervenuto senza firmare, si fa menzione che la vostra firma manca perchè voi non sapete nè potete scrivere. Similmente un verbale d'interrogatorio sopra fatti ed articoli (articolo 334, 336 (418, 430), del Codice di procedura), di comparsa all'ufficio di conciliazione (art. 48, 58 (TT) del Codice di procedura), ecc. ecc. ecc. (1).

Ma se l'atto che non è scritto nè sottoscritto dalla persona, fosse nullo o per vizio di forma o per incompetenza od incapacità dell'ufficiale che lo redige, l'ufficiale che avrebbe agito senza le condizioni volute dalla legge, non sarebbe stato capace di raccertare le enunciazioni dell'atto, nè si potrebbe dire che l'atto emani dalla persona. Perchè la nullità dell'atto autentico non tolga che desso sia principio di pruova contro una persona, bisognerebbe la sua firma; ma quando da una parte non vi è firma, e dall'altra, l'ufficiale che ha raccertato le enunciazioni, non è di quelli ai quali la legge impone si presti fede, l'atto non può dirsi emanare dalla persona, e quindi è impossibile che contro lei si opponga. Dunque è pure erronea la dottrina contraria di Toullier (IX-90) (2).

Colui a cui l'atto si oppone, non dev'essere fisicamente quello da cui è emanato. Qui, come sempre, l'erede è legalmente la medesima persona del suo autore, e il mandante del suo mandatario, ec.

IV.—L'altra condizione che vuolsi secondo ragione, perchè la scrittura possa fare ammettere la pruova testimoniale, si è che dessa renda verosimile il fatto che si vuol provare.

Così non bisognerebbe ammettere, come han fatto due decisioni (3), che il titolo costitutivo di una rendita possa esser principio di pruova a fin di stabilire la interruzione della prescrizione allegata dal debitore, perchè il titolo non rende nè certo nè verosimile la interruzione di prescrizione allegata dal creditore. Il titolo pruova che la rendita sia dovuta; ma quando il debitore, tuttochè riconosce che si sia dovuta la rendita, oppone la prescrizione, e il creditore pretende e vuol provare che

(1) Rig., 6 ap. 1836, 19 giugno 1839, 21 febbraro 1843, 15 marzo 1843, 31 mag. 1848, 15 maggio 1850, 22 e 23 lug. 1851, 8 marzo 1852; Parigi, 31 lug. 1852, 20 ag. 1853 e 24 maggio 1855; Cass., 22 ap. 1854 (Dev., 1836, I, 747; 1849, I, 462; 1843, I, 660 e 584; J. P., 1848, t. II, pagina 534; 1852, t. I, p. 53 e t. II, p. 703; 1853, t. II, p. 65, 280 e 289; 1855, t. I, p. 591 e t. II, p. 268); Cass., 18 ag. 1854 (J. P., 1856, t. I, pagina 257).

(2) Pothier (*Obbligaz.*, n. 809); Duranton (XIII, 832); Zachariae (V, p. 733).

(3) Tolosa, 18 mag. 1831; Caen, 20 mag. 1840 (Dev., 31, 2, 302; 40, 2, 300).

sia interrotta la scrittura che comprova la rendita non rende punto verosimile la interruzione, e non mette nulla nè prò nè contra tal fatto. Non è dunque un principio di pruova; e le soprariferite decisioni sono incorse in un errore che non si comprende e che a buon dritto è rigettato dagli scrittori e dalla giurisprudenza recente.

Non potrebbe nemmeno render verosimile una convenzione allegata, nè quindi essere principio di pruova per iscritto, l'atto che enunciando quella come fatta da parecchi, fosse stata sottoscritta da alcuni soltanto e rigettata da altri. Per esempio, quando una scrittura, autentica o privata, porge che Pietro abbia venduto il suo immobile a cinque compratori in solido e che tre soltanto han sottoscritto insieme col venditore, essendosi gli altri ricusati a recare in effetto la convenzione, l'atto, checchè ne dicano Toullier e Duranton (vedi art. 1318 (1272), n. IV), non potrebbe essere contro coloro che han sottoscritto nè una pruova, nè un principio di pruova, e non autorizzerebbe nè coloro che han sottoscritto e che volessero comprare, nè quello che volesse vendere, a provar con testimonì che la vendita si è effettuata, e debba eseguirsi. Abbiamo già dimostrato (loc. cit.) che un tale atto non fa prova, e ben si comprende che nemmeno è un principio di pruova.

Infatti la firma di Pietro pruova che egli consente a vendere ai cinque individui indicati nell'atto, ma non rende nè certo nè *verosimile* che abbia consentito a vendere ai tre che han firmato: forse egli si determinava a vendere per uno di quelli che si negarono di effettuare il contratto. Parimente la firma degli altri tre prova che essi consentono a comprare in cinque, ma non rende nè certo nè *verosimile* che abbiano voluto comprare in tre. In somma l'atto firmato da quattro prova essersi progettata una vendita a cinque da un sesto, essersi accettata da' quattro, rigettata da due; ma non rende punto verosimile che non effettuatosi il progetto della vendita a cinque, se ne sia fatta una a tre (nè, che più monta, vi sia stato il progetto di vendere a tre, nulla accennando che a ciò si sia pensato). L'una delle parti adunque non potrebbe giovarsi della scrittura per essere ammessa, a provare con testimonî che siasi fatta la vendita, e ciò è detto con molta ragione dalla decisione di rigetto dei 26 luglio 1832: « Attesochè per il rifiuto di due dei cinque compratori, essendosi rotto il contratto quale si era progettato, diventava necessario un altro accordo fra le parti, nè la prova di esso poteva farsi con testimonî, essendochè la vendita sottoscritta da alcuno dei cinque compratori fa pruova della vendita a cinque, ma nè può servire di pruova, nè di principio di pruova, di un' altra vendita fatta a due o tre (Dev., 32, I, 492)».

Toullier e Duranton vanno quindi lontani dal vero insegnando che un simigliante atto formi, fra coloro che l'hanno sottoscritto, non un semplice principio di pruova, ma una pruova piena.

V. — Al contrario la scrittura rende verosimile ciò che si allega, e forma quindi principio di pruova, per cui si può ammettere la pruova testimoniale, quando si tratta d'un biglietto (o altra promessa unilaterale) sottoscritta da colui a cui si oppone, e che per far piena pruova manca soltanto del *buono* od *approvato* di lui, giusta l'art. 1326 (1280).

Infatti il non ammettersi dalla legge come sufficiente pruova del debito il biglietto sottoscritto, non può fare inferire che desso non sia *mai* sincero e provenga *sempre* o dall'errore di colui che ha sottoscritto una cosa diversa da quella che credeva, o dall'abuso fatto della sua firma posta per fiducia, od anche senza scopo sopra una carta bianca. Siffatta idea non sarebbe molto ragionevole, anzi contraria alla verità dei fatti, dappoichè fra moltissimi biglietti sottoscritti, certamente sarebbero più i veri che i falsi. Secondo la legge adunque il biglietto semplicemente sottoscritto non è sempre fraudolento, ma solo lo può esser facilmente; ed essendo facile la frode, non si ammette come pruova piena. Ma poichè è certo, che un siffatto biglietto sarà per lo più sincero, anzichè fraudolento,

rende dunque probabile, verosimile lo enunciato debito, e quindi si può provare con testimonî. Potrà avvenire diversamente, secondo le particolari circostanze della specie: per esempio, se la natura e la forma della carta, come il luogo rispettivo della firma e della scrittura, faccian supporre che la scrittura sia stata posta dopo al di sopra di una firma gettata per caso sopra un pezzo di carta bianca, e allora la scrittura non rende verosimile il debito. Ma in principio la cosa è diversa, perchè la frode, per quanto sia facile, sarà sempre l'eccezione. La dottrina contraria di Delvincourt e di alcune decisioni, l'ultima delle quali della Corte di Lione è dei 26 gennaro 1828, deve esser quindi rigettata, come difatti lo è stata dal più degli scrittori, e dalla giurisprudenza (1).

Dà verosimiglianza, ed è quindi un principio di pruova per iscritto, checchè si sia detto, anche l'atto privato, il quale enunciando una convenzione sinallagmatica, è stato sottoscritto da tutte le parti, senza esser fatto in doppio, secondo l'art. 1325 (1279 M). Questo punto è molto controverso (2), ma pure ci sembra evidente.

Perchè vi sia principio di pruova per iscritto, è necessario, secondo il nostro articolo, che si presenti una scrittura, che dessa emani da colui a cui si oppone, e infine che renda verosimile il fatto che si vuol provare. Or la è questa una scrittura? Certo che sì. Emana ella dall'avversario? Certo anche che sì, poichè è firmata da lui. Rende ella verosimile la convenzione che riferisce? A noi sembra, non ostante tutti gli sforzi fatti, che questo terzo sia evidente come i due primi punti. Io presento un atto che spiega e comprova per disteso una vendita fattami da Pietro; l'atto è sottoscritto da me e da lui, e si pretende che esso non renda punto verosimile che siasi fatta la vendita! Invero si vuol negare la evidenza; nè tal controversia può altrimenti spiegarsi che con la preoccupazione che lo studio del dritto fa nascere nella mente per le mille ed una regole riguardanti i particolari. È questo uno di quei punti in cui le sottigliezze della scienza soffocano la voce della ragione e del buon senso...

No: si può dire, il vostro atto non potrebbe *in dritto* render verosimile la legge. In fatto avete ragione. In fatto si può dire che la scrittura firmata renda verosimile ed anche certa la vendita; ma non è così secondo la teoria, buona o cattiva, della legge. Giusta l'articolo 1325 (1279 M), una convenzione sinallagmatica è legalmente provata per mezzo della scrittura, quando si sono scritti due atti conformi, in cui siesi fatta menzione di essersi adempiuta tal formalità. Dunque legalmente l'atto unico prova soltanto un progetto; ma non perciò si rende certo e verosimile che desso siesi recato in effetto.— Cotesto argomento, su cui in sostanza si fonda il sistema contrario, vien meno se un accurato esame si faccia. Qui, riguardo all'art. 1325 (1279 M), si commette l'errore in cui incorre Delvincourt riguardo all'art. 1326 (1280), e che abbiam detto essere stato rigettato con ragione dagli scrittori e dalla giurisprudenza. Si ragiona come se il legislatore volesse che un atto non fatto in doppio, sebbene sottoscritto da tutte le parti, sarà *sempre* il risultamento di un semplice progetto, mentre egli vuol soltanto che potrebbe esserlo *alle volte*.

Un atto che enuncia diligentemente il

(1) Merlin (*Rep.* alla parola *Biglietti*, § 1); Toullier (VIII-281); Duranton (XIII-189); Zachariae (V, p. 666); Bonnier (n. 554); Lione, 18 dic. 1828; Civ. Rig., 1 luglio 1828; Ric. Rig., 4 febbr. 1829; Bordeaux, 31 marzo 1830; Ric. Rig., 4 mag. 1831; Ric. Rig., 31 marzo 1832; Metz, 28 marzo 1833; Ric. Rig., 18 nov. 1834; Ric. Rig., 6 febbr. 1839; Ric. Rig., 26 feb. 1845 (Dev., 31, I, 197; 32, I, 251; 35, II, 49 ed I, 393; 39, I, 289; 45, I, 731); Bourges, 11 giugno 1851; Nimes, 18 nov. 1851; Parigi, 31 luglio 1852 e 20 ag. 1853 (J. P., 1851, t. II, p. 38, ecc. 1853, t. II, p. 278, 280 e 289).

(2) Neg., Merlin (*Rep.* alla parola *Scrittura doppia*, n. 8); Delvincourt (t. II); Solon (*Nullità*, II 29); Boncenne (IV, 197); Dalloz (art. 3, n. 9); Troplong (*Vendita*, I-33); Poujol (n. 8); Bordeaux, 3 marzo 1826; Besanzone, 12 giugno 1828; Grenoble, 2 ag. 1839; — *Aff.*, Favard (*Rep.*, alla parola *Atti sotto firma privata*, sez. 1, § 2); Duranton (XIII-104); Chardon (*Dol*, I, 125); Bonnier (numero 363); Zachariae (V, p. 652); Amiens, 15 luglio 1826; Bourges, 29 marzo 1831; Bordeaux, 31 luglio 1839 (Dev., 40, 2, 196).

contratto stabilito fra parecchie persone, che comprova di essersi effettuato il contratto, ed è firmato da tutte, è di certo cosa gravissima; e se alle volte esso può esistere, essendo ancora in progetto la convenzione, non potrebbe dubitarsi che per lo più esiste dopo stabilito il contratto. Certamente non di ordinario, ma per eccezione può avvenire che si firma da una parte e dall' altra come stabilita una convenzione che è solamente un progetto, onde poi si leghino definitivamente quando si fa il doppio originale. Ciò tronca la quistione. Da una mano, potendo alle volte esser firmato un semplice progetto, l'articolo 1325 (1279 M) non vuol che da quelle firme si cavi la certezza di essersi formato il contratto; ma siccome d' altra mano si appongono per lo più le firme, quando il contratto è stabilito, esse, tuttochè non provino in dritto il contratto, lo rendono probabilissimo, verosomigliantissimo tanto in dritto che in fatto.

VI. Il Codice dice, che il principio di pruova per iscritto fa eccezione *alle sopra esposte regole*; ma e dalla spiegazione e dal testo medesimo dell' art. 1346 (1300) ben si comprende non applicarsi a quest'ultimo. Imperocchè la sua regola (per la quale si debbono riunire in una sola istanza tutte le domande che il creditore può fare contro il debitore, pena il non ammettersi poi quelle non compresevi) riguarda tutte le domande che non sono *interamente* giustificate per mezzo della scrittura. La regola dell' art. 1346 (1300) si applica, non ostante il testo del nostro articolo 1347 (1301), tanto a un principio di pruova per iscritto, quanto, non ostante il testo dell'art. 1348 (1302), al caso in cui non si è potuto procurare una pruova scritta.

Ciò facilmente si spiega: per un principio scritto di pruova, o per la impossibilità di avere una scrittura, doveva cessare il divieto della pruova testimoniale; ma siccome la regola dell'art. 1346 (1300) non mira soltanto a ciò, ma bensì a menomare le liti, (anche quando si ammette la pruova testimoniale), non dovevano fare eccezione i nostri art. 1347 e 1348 (1301 e 1302). I quali dicono assolutamente di fare eccezione *alle sopra esposte regole*; ed è questo il male: ma ciò non dee far meraviglia, se si consideri che l'art. 1346 (1300) non esisteva quando furon compilati gli altri due, ed è stato inserito dopo nel progetto, senzachè si siano modificati i due testi, che con quella aggiunta diventavan troppo estesi (Fenet, t. II, pag. 196).

1348 (1302).—Le predette regole soggiacciono anche ad eccezione, ogni qual volta non sia stato possibile al creditore di procurarsi una pruova letterale dell'obbligazione contratta verso di lui.

Questa seconda eccezione si applica:

1° alle obbligazioni che nascono da'quasi-contratti, e da' delitti o quasi-delitti;

2° a' depositi necessarî fatti in caso di incendio, rovina, tumulto o naufragio; ed a quelli fatti da' viaggiatori nell' osterie dove alloggiano: e ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto;

3° alle obbligazioni contratte in caso di accidenti non preveduti che non permettessero di fare atti per iscritto;

4° nel caso in cui il creditore abbia perduto il titolo che gli serviva di pruova scritta, in conseguenza di un caso fortuito, non preveduto e provegnente da una forza irresistibile.*

* Massime della C. S. di Napoli.

— L'articolo 1302 delle leggi civili non è applicabile se non quando sia stato impossibile di procurarsi una pruova per iscritto, 9 febbraro 1825.

— Trattandosi di pruovare un fatto, ed in ispecie un possesso materiale, è ammessibile la pruova testimoniale, 23 agosto 1849.

— È ammessibile la pruova testimoniale per dimostrare che i fondi espropriati sono gli stessi che quelli ipotecati, comunque col tempo abbiano cambiata denominazione, 13 novembre 1851.

— Non incontra divieto delle leggi la pruova testimoniale ordinata per la frode dedotta nell'acquisto di un fondo, 28 febbraro 1852.

— Trattandosi di dolo è ammessa la pruova per testimonî, 21 agosto 1852.

SOMMARIO

I. Divisione dell'articolo in due regole. La prima è che la pruova testimoniale si ammette quando non ha potuto farsi una scrittura.

II. Questa regola si applica al 1°, al 2° ed al 3°. Ella non abbraccia punto tutti i quasi-contratti; e se l'allegazione di un delitto, o quasi-delitto, implica quella di un fatto, per cui si poteva avere una scrittura, la pruova testimoniale è pure inammissibile. —Errore di alcune decisioni.

III. Questa prima regola abbraccia degli oggetti di pruova non indicati dal testo, specialmente il dolo, l'errore, la violenza, ecc. Ma se non può provarsi per testimoni il dolo *(l'errore, ecc.) cui si attribuisce un contratto, non si può punto provare* il contratto *che si attribuisce al dolo. —Errore di una decisione.*

IV. Per medesimezza di ragione, la pruova orale della simulazione di un atto, in generale non può farla l'autore di esso, come lo possono i terzi. È altrimenti, se la simulazione nasconda una frode alla legge.

V. Seconda regola; spiegazione del 4°: la pruova testimoniale si ammette quando è impossibile di conservar la pruova in iscritto. Tre punti si stabiliscono in questo caso. In generale, non è necessario che i testimoni abbiano letto la scrittura, e ne riferiscano il tenore. Errore di Toullier, Duranton, Zachariae e Bonnier.

VI. Altri errori di una decisione di cassazione, e di Mangin.

VII. Vi ha pure eccezione ai due principi dell'art. 1341 (1295) *in materia di commercio — Duplice errore, di dritto e di fatto, di Bonnier — L'eccezione s'applica alle consegne fatte ad appaltatori di trasporto, di oggetti destinati ad esser trasportati.*

VIII. Non v'è altra eccezione; e la pruova testimoniale diviene inammessibile pel consenso che vi darebbe la parte avversa. Controversie.

I.—Ai due principi dell'art. 1341 (1295) si fa un'altra eccezione quando non è imputabile la mancanza di una scrittura perchè risulta dalla natura stessa delle cose.

Questa eccezione, che dal nostro articolo non è generalmente espressa, si suddivide in altre due, secondochè sia stato impossibile il procurarsi una scrittura (ciò comprende il 1°, il 2° e il 3° dell'articolo) ovvero soltanto sia stato impossibile conservarsi quella che si erà procurata (che è il 4°). L'articolo è mal redatto, perchè fa rientrare il 4° caso, non meno che i tre primi, nella impossibilità di procurarsi la scrittura; se dessa si è distrutta o perduta, avea potuto procurarmela. Quindi impossibilità di procurare la scrittura (1°, 2° e 3°); impossibilità di conservarla se fatta (4°).

E primieramente, ammettesi la pruova testimoniale in tutti i casi, e solo in quelli in cui colui che la chiede non ha potuto fisicamente o moralmente procurarsi una pruova scritta. Questa è la regola secondo ragione; e tale ci vien porta dal primo paragrafo del nostro articolo, che dice assolutamente non potersi ammettere pruova testimoniale *quando non è stato possibile procurarsi una pruova scritta.* Le proposizioni del 1°, del 2° e del 3° sono esempi e casi di applicazione che non potrebbero nè restringerla nè estenderla. Non debbono estenderla, e sebbene il 1° parli dei quasi-contratti assolutamente, non sarebbe ammessibile la pruova testimoniale per il quasi-contratto in cui si è potuto avere una pruova scritta. Non possono nemmeno restringerla, e non essendosi realmente potuto avere una scrittura è da ammettersi la pruova testimoniale, sebbene non si fosse in uno dei particolari casi indicati dal testo.

La impossibilità non dev'essere fisica soltanto, ma pure morale, come dimostrasi dagli esempi dei depositi fatti in uno albergo, e di cui parla il 2°; è altronde un punto riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

II.—1° Il nostro articolo applica primieramente la regola ai quasi-contratti, ai delitti, e quasi-delitti. A tutti i quasi-contratti assolutamente e in quanto son quasi-contratti; solo al più dei quasi-contratti, e in

(1) Parigi, 9 ap. 1821; Bourges, 24 nov. 1824; Pau, 1 ap. 1840; Rig., 19 mag. 1841 (Dev. e Car., 1841, I, 345); Bordeaux, 18 marzo 1852 (J. P., 1854, t. II, p. 291).

quanto chi fa la domanda non abbia potuto avere una pruova scritta (1). Così la pruova testimoniale non sarebbe permessa a colui che pretendesse avermi pagato 500 fr. non dovuti (art. 1376 (1300)), perchè egli ha potuto e dovuto ritirarsi la quitanza del pagamento; non gli è stato dunque impossibile il procurarsi una pruova scritta.

Tanto pei delitti e quasi-delitti, quanto per il resto, l'eccezione si applica sempre all'impossibilità; e se allegandosi un delitto vi si implica un contratto od altro fatto lecito e che il delitto presuppone, e poteva comprovarsi per iscritto; colui che non proverebbe il fatto per mezzo di scrittura (o d'un principio di pruova per iscritto) non potrebbe provar con testimoni lo stesso delitto. — Così se allego che voi avete violato un deposito (non necessario) o un mandato, la mia domanda racchiude due idee, due oggetti; il contratto che si forma fra me e voi, e la violazione fattane da voi. Or se il secondo oggetto può provarsi con testimoni giusta il nostro articolo (poichè essendo un delitto, mi è stato impossibile avere una pruova scritta), non così il primo, che è il contratto potutosi e dovutosi comprovare per iscritto. Diverse decisioni, che non avean fatto tal distinzione che cavavasi dalla natura stessa delle cose, sono state a buon diritto casse dalla Corte Suprema (2). Similmente se pretendo che l'atto da voi oppostomi, o come quietanza o in altro modo, deriva dall'abuso di una carta bianca a voi confidata, io allego due fatti, che la legge non mi consente poter provare dello stesso modo: Da una mano sostengo avervi confidato una carta bianca; dall'altra, che la pretesa quietanza è stata fatta da voi illecitamente per mezzo di essa. Or la pruova testimoniale permessami per il secondo fatto, non lo è per il primo; perchè la rimessa di una carta bianca non è un delitto, ma un fatto lecitissimo, e di cui poteva chiedervi una ricevuta; non sono stato nella impossibilità di procurarmi una pruova scritta. È anche un punto riconosciuto dalle decisioni (3).

2° Dall'esempio cavato dai quasi-contratti, delitti e quasi-delitti, la legge passa a quello dei depositi necessari.

Diconsi propriamente depositi necessari quelli che sono costretti da una fisica necessità, come da un incendio, una inondazione, un naufragio, o altri accidenti simiglianti (1348-2°, 1949-2° (1302, 1821)); e il nostro, siccome l'art. 1952 (1824), pareggia i depositi fatti dai viaggiatori negli alberghi, essendovi una morale necessità che deve far seguire le medesime conseguenze. Per siffatti depositi, in ragione ora del pericolo per cui non si può badare a fare un atto, ora della noia estrema che tale obbligazione imporrebbe ai viaggiatori e agli osti, evvi in un caso una impossibilità fisica, morale in un altro di avere una pruova scritta, e quindi il nostro, come lo art. 1951 (1823) permette formalmente la pruova testimoniale. Del resto, siccome la eccezione, benchè molto ragionevole, potrebbe di leggieri dar luogo ad abusi, la legge non la stabilisce assolutamente nel senso che il giudice debba ammetter sempre la pruova testimoniale. Per l'opposto conferisce al giudice un potere di arbitrio per cui può ammettere o respingere la pruova testimoniale, secondo che la natura, la quantità e il valore degli oggetti richiesti, la condizione e il carattere delle persone, e tutte le altre circostanze rendano o pur no verosimile la domanda: il tutto, dice l'articolo, *secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto*.

Esamineremo più in là (sotto il n. VII) se si può egualmente provar con testimoni di avere rimesso ad un vetturale degli oggetti da trasportarsi altrove.

3° L'eccezione applicata dal 2° al depo-

(1) Essa si applica specialmente ai quasi-contratti di gestione d'affari. — *V.* Bourges, 6 ap. 1841; Cass., 19 marzo 1845; Bordeaux, 20 giugno 1853 (J. P., 1845, t. I, p. 388; 1847, t. I, p. 467; 1855, t. I, p. 288). — *Vedi* Troplong (*Del Mandato*, n. 147); Zachariae (§ 765, note 5); Mourlon (t. II, p. 722).

(2) Cass. d'una decisione di Nimes, 26 settembre 1823; Nimes, 20 febbr. 1828; Cass. d'una decisione d'Aix, 16 maggio 1829; Orléans, 12 giugno 1833; Rig., 23 dic. 1835; Cass. d'una decisione di Montpellier, 20 ap. 1844 (Dev., 1836, I, 141; 1844, I, 948).

(3) Rig., 5 mag. 1831; Tolosa, 5 giugno 1841; Riom, 30 marzo 1844 (Dev., 1831, I, 188; 1842, II, 12; 1844, II, 321).

sito necessario, propriamente o impropriamente detto, è stanziata generalmente dal 3° per tutte le obbligazioni contratte per effetto di altri accidenti imprevisti e nei quali è stato similmente impossibile il fare una scritta.

Così viaggiando con qualche amico, incontro in un luogo isolato un amico che è stato spogliato dai ladri, e gli dò in prestito 500 fr. affinchè continui la sua via. Del pari un militare, nella confusione di una sconfitta, divide la sua borsa con un camerata, e ciascuno di loro fugge per parti opposte. In questi ed altri simiglianti casi non si sarebbe potuto fare una scritta; e se mai il debito fosse poi negato da chi tolse il prestito, ovvero se i suoi eredi, morto lui, dichiarassero non averne conoscenza, il prestatore potrebbe provarlo con testimonî. Del resto, per analogia del 2° il giudice avrebbe qui lo arbitrio di cui abbiamo sopra parlato.

III. — Se, come abbiam detto, i casi di applicazione indicati dal 2° e dal 3° del nostro articolo non possono estendere la regola di dritto e di ragione sancita dal primo paragrafo, non possono nemmeno restringerla; non può ammettersi la pruova testimoniale se non quando colui che richiede non abbia potuto procurarsi una pruova scritta.

Così, sebbene l'articolo non indichi questi altri casi, io potrò provar con testimonî l'errore, la violenza o il dolo che pretendo mi abbiano determinato a fare quella convenzione, o il tale atto o il tal fatto. In vero non ho potuto farmi dare una riconoscenza scritta o del dolo che si praticava contro di me, o della violenza di cui era vittima, o dello errore in cui mi trovava. La impossibilità qui si tocca con le mani. — Gli è pur così quando il terzo vuol provare che un atto a lui pregiudizievole sia simulato e non vero, ovvero fraudolento. Certamente egli non ha potuto chiedere una riconoscenza scritta della frode o della simulazione fatta a suo danno.

Tutti questi casi son dunque compresi nella regola, per la quale chiunque non ha potuto procurarsi una pruova scritta, può essere ammesso alla pruova testimoniale. La giurisprudenza è ferma intorno a ciò (1).

Ma se io posso con la pruova testimoniale *provare il dolo* (ovvero l'errore o la violenza) che io pretendo essere intervenuto nel contratto; ciò non basta, come è stato detto alle volte, perchè io possa dell'uguale maniera *provare il contratto* che io pretendo provenire dal dolo (o dalla violenza o dall'errore), ma che il mio avversario sostiene non essere mai esistito.

Così, sostenendo che la vendita di tali oggetti che non è stata da voi *punto contrastata*, sia stata da me consentita per effetto del dolo, per cui io posso fare annullare il contratto, io voglio provare il dolo, e quindi lo posso con testimonî; ma se volendo sostenere contro di voi che pretendete di non esservi alcun contratto fra noi, che voi mi avete tratto con dolo a depositare presso di voi certi oggetti, io intendo allora provare due cose; che voi abbiate usato dolo contro di me, e che un *contratto di* deposito si è fra noi costituito; or si può provare con testimonî il dolo, ma non però il contratto. Non perchè il deposito (allegato da me, e negato da voi) derivi dal dolo, io non poteva richiedervene una scrittura: non sono stato dunque nell'impossibilità di procurarmi una pruova scritta, non posso quindi provarlo con testimonî. Fa meraviglia che una Corte di appello abbia potuto giudicare il contrario, confondendo così la pruova *del dolo* con la pruova *del contratto* che dal dolo deriva; e bene dirittamente fu cassa la sua decisione dalla Corte Suprema.

La decisione di annullamento (2) è stata da noi citata per sostenere l'altra proposizione di sopra fermata (n. II), che quando

(1) Bordeaux, 22 genn. 1828; Tolosa, 15 marzo 1834; Bordeaux, 7 marzo 1835; Tolosa, 22 gennaro 1838; Decisione della C. S. dei 24 marzo 1829, 26 ap. 1830, 5 genn. 1831, 1 febbr. 1832, 20 dicembre 1832, 31 luglio 1833, 31 giugno 1835, 4 febbr. 1836, 28 nov. 1838, 2 lug. 1839 (Dev. e Car., 1831, I, 8; 1832, I, 139; 1833, I, 144 e 840; e II, 537; 1835, I, 428; e II, 263; 1836, I, 839; 1838, II, 129; 1839, I, 626 e 813).

(2) 20 ap. 1844 (Dev. e Car., 1844, I, 848).

il delitto che si vuole provare presuppone il contratto (o altro fatto lecito) messo in dubbio come lo stesso delitto, la pruova complessa non può farsi allora solo per testimonî, dappoichè per il contratto non esiste la impossibilità di una pruova scritta, come per il delitto. Nella specie si presentavano tanto la regola del n. II, che quella del n. III. L'attore voleva provare per testimonî di essere stato tratto dal dolo del suo avversario a fargli un deposito ch'era stato poi violato. Tre cose si allegavano: il dolo che avea fatto nascere il deposito, il deposito la sua violazione ; e siccome da una parte la seconda delle tre cose (cioè il contratto) non poteva provarsi con testimonî, poichè il deponente avrebbe potuto averne una scritta, e d'altra parte, la pruova offerta insieme per tutte e tre le cose allegate era semplicemente quella per testimonî; tal pruova non doveva ammettersi.

Lo ripetiamo: si può provare con testimonî il dolo, l'errore o la violenza per cui vuolsi nato un contratto, ma non si può così provare *il contratto* che vuolsi nato dalla violenza, dall'errore o dal dolo, tranne che la violenza, ove questo vizio vi fosse, si fosse usata affine di impedirvi di avere una scrittura dall'altra parte contraente. Allora si allegherebbe di essere stato nella impossibilità di avere una pruova scritta; e provando con testimonî la violenza che vi ha posto nella impossibilità, si potrebbe anche provare con testimonî lo stesso contratto.

IV.— Similmente, mentre la simulazione di un atto può provarsi con testimonî dal terzo cui l'atto reca pregiudizio, perchè gli è stato impossibile di avere una pruova scritta, non potrebbe esserlo da quello che è stato parte nell'atto, ed ha concertato la simulazione, essendo stato facile a costui il procurarsi una pruova scritta dalla simulazione.

Così, quando in un atto io dichiaro di vendervi la mia casa, ma apparentemente e fittiziamente, i miei creditori potranno provarne con testimonî la simulazione, essendo stato loro impossibile procurarsi una scrittura; ma io non lo potrò, non essendomi stato impossibile di farvi sottoscrivere una controscrittura che smentisca l'atto ostensibile. La Corte di Riom è andata dunque in errore dichiarando permessa in tal caso la pruova testimoniale, e a buona ragione è stata cassa la sua decisione che falsamente applicava il nostro articolo, e violava l'articolo 1341 (1295) (1).

Ma è egli così? La pruova testimoniale della simulazione allegata è del pari interdetta alla parte quando si è nascosto un atto proibito come contrario all'ordine pubblico?

La quistione è delicata, ed è stata diversamente soluta in un solo e medesimo affare (Boulet C. Lapeyre); negativamente dalla Corte di Riom, affermativamente dalla Corte Suprema, che annullando ai 29 maggio 1827, rinviò innanzi la Corte di Lione. Quivi fu anche risoluto negativamente, ed essendosi nuovamente portato ricorso, la Corte di cassazione, a camere riunite, conformemente alle conclusioni del sig. Dupin si accostò alla opinione delle due Corti di appello, decidendo la frode alla legge potere provarsi oralmente da qualunque persona interessata, anche da colui ch'è stato parte nell' atto simulato. Cotesta dottrina dottamente censurata da Devilleneuve, ci sembra esatta, e dirittamente è stata adottata da una quasi costante giurisprudenza (2).

Da una parte, l'art. 1353 (1307) ammette la pruova per semplice presunzione per ogni caso di frode, e quindi tanto per quella fatta alla legge, che per quella pregiudizievole soltanto agli individui ; e ciò ragionevolnente, dacchè la prima è certa-

(1) Cass., 6 ag. 1828; Rig., 30 ap. 1838 (Dev., 1838, I, 437).

(2) Rig., camere riun., 7 mag. 1836 e osservazioni del compilatore delle decisioni (Dev., 36. I, 674); Bordeaux, 7 ap. 1827; Caen, 25 lug. 1827, Rig., 18 febbr. 1829; Angers, 27 marzo 1829; Bourges, 2 giug. 1831; Lione, 21 marzo 1832; Cass. (di una decisione di Poitiers e di un'altra di Montpellier), 11 giug 1838; Nimes, 25 genn. 1839; Limoges, 16 ap. 1845; Lione, 17 nov. 1848 ; Cass., 9 gen. 1850 (Dev., 31, 2, 248; 32, 2, 391 ; 38, 1, 192; 39, 1, 177, 49, 2, 334; 50, 1, 132).

mente più grave dell'altra. Spiegando l'articolo 1353 (1307) vedremo che, non ostante la sua mala redazione per cui parrebbe dire il contrario, si può provare con testimonî in tutti i casi in cui lo si può per semplice presunzione. Da altra mano, in questo caso, la persona a cui reca pregiudizio la simulazione che fa frode alla legge, vi ha partecipato e consentito; ma oltrechè spesso il consenso dato in tal caso deriverà da un costringimento morale, e da mancanza di piena libertà, si comprende altronde che non è stato possibile di ottenere una pruova scritta della simulazione. Così sottoscrivendovi un biglietto con cui mi dichiaro debitore della somma di... per oggetti vendutimi, mentre il mio preteso debito ha per causa interessi usurai o una disdetta di promessa di matrimonio (come nell'affare Boulet) o qualunque altra causa vietata dalla legge, io non posso farvi sottoscrivere una controscrittura che stabilisca la falsità della indicata causa; quando moralmente costretto dalla falsa condizione in cui mi trovo ho consentito a sottoscrivervi una obbligazione falsa, io non posso domandar da voi una scritta che l'annulli. Dunque vi è stata una morale impossibilità di ottenere una pruova scritta, e quindi questo caso è compreso dalla regola generale del nostro articolo.

V. — Il nostro articolo, dopo il caso in cui è stato impossibile procurarsi una scrittura, passa all'altro in cui è stato impossibile di conservare quella procuratasi; porgendo cotesta ipotesi come un'altra applicazione della prima regola, mentre è una regola a parte, non potendosi perdere una scrittura che non si ha. Ma è un vizio di redazione di poco momento.

L'attore dovrà in questo caso provare ad un tempo, che vi è stata una forza maggiore, che per essa siesi perduto il tale atto, che questo riguardava il dritto che egli vuol provare. Quindi egli dovrà provare con testimonî: 1° di aver posseduto un titolo che giustificava il preteso suo dritto; 2° di essere stato vittima di quell'avvenimento di forza maggiore (un incendio, una inondazione, un saccheggio, un furto, ecc.); 3° di aver perduto il titolo per quello avvenimento.

Giova far qualche osservazione sopra ognuno di questi tre oggetti di pruova.

Per l'indole stessa delle cose, non si potrà usare molto rigore intorno al terzo punto. È certamente impossibile, almeno in generale, che si provi in modo ben preciso, che il tale atto, che si dichiara dai testimonî essere da me posseduto prima dell'incendio, sia veramente perito allora insieme cogli altri miei titoli, e carte; io non ho potuto in quello accidente fare stendere lo inventario delle diverse carte che il fuoco distruggeva; io non posso provare che pochi giorni, o poche ore prima dell'incendio non ho per alcuna ragione *diviso* quel titolo dalle altre mie carte; e *allora* per lo più dovranno bastare le probabilità, le verosimiglianze.

Non è il medesimo del secondo punto: lo avvenimento stesso, di cui dico essere stato vittima, deve provarsi nel modo più positivo, perocchè da esso sorge la eccezione ai principî dello art. 1341 (1295 M). Se bastassero dei testimonî, i quali dicessero di avere io avuto quel titolo, aggiungendo vagamente di essersi poi perduto, la regola del nostro 4°, anzichè una semplice eccezione all'art. 1341 (1295 M), lo distrurrebbe realmente. Se è facile procurarsi falsi testimonî per un preteso dritto, lo sarebbe del pari per far dire che io avessi di quel titolo un dritto che ho perduto. Certamente molto precisa, molto rigorosa e senza ombra di dubbio deve farsi la pruova dello avvenimento più forte della mia volontà, e che non ho potuto impedire.

Quanto poi all'altro punto, cioè alla *esistenza del titolo* che si allega essere stato tolto dallo avvenimento, esso vuole maggiori sviluppi. Si dovrà per fermo provare in modo positivo, che l'attore possedeva un titolo del suo dritto; perchè il testo della legge gli permette solo la pruova testimoniale, quando egli ha perduto un titolo che forma pruova scritta, e quindi se ciò non pruova non può essere nell'eccezione. — Inoltre, se l'atto non è va-

lido se non con certe formalità, dovrà risultare dalle deposizioni dei testimonî, che l'atto riuniva le varie condizioni di validità richieste dalla legge. Ma sempre, ed anche fuori quest' ultimo caso, i testimonî dovranno aver letto il titolo, e riportarne il tenore? — Toullier (IX-206), Duranton (XIII, 368), Zachariae (V, p. 653) e Bonnier (n. 114) par che lo vogliano. — Ma noi non sapremmo accostarci alla loro sentenza; perchè la regola, così intesa, ci sembra contraria alla legge e alla ragione.

La legge non dice che la perdita di un titolo, avvenuta per forza maggiore, faculterà l' attore a provar con testimonî *qual ne fosse il contenuto*, ma solo che la perdita, provata che sia, recherà eccezione alle sopra esposte regole dell' art. 1341 (1295 M); il che importa che io potrò provare con testimonî *la mia domanda*. Il nostro paragrafo, messo in rapporto con lo articolo precedente, e con l'articolo 1341 (1295 M), vuol dire che quando avrò provato in primo luogo la preesistenza del titolo della mia pretensione e che una forza maggiore l'ha distrutto, io potrò, in secondo luogo, provare con testimonî la pretensione, che senza di ciò non avrei potuto se non col titolo stesso. Or se la prima pruova, che è necessaria per entrare nella eccezione, comprendesse la giustificazione del tenore stesso del titolo perduto, non vi sarebbe altra pruova a fare; ricostituendo con la pruova testimoniale tutto il contenuto del mio atto, avrei per ciò stesso pienamente giustificato la mia pretensione: ma la legge non la intende così, poichè nel suo sistema fatta la prima pruova si potranno poi provare con testimonî le mie dimande.

Infatti il sistema da noi rigettato sarebbe stato troppo rigoroso; e se colui a cui una forza maggiore ha tolto il suo titolo, avrebbe dovuto far deporre ai testimonî il tenore del titolo ch'essi avessero letto e ritenuto, si rigetterebbero le domande che secondo ragione dovrebbero essere ammesse. Togliamo un esempio. Vi domando 2,000 franchi che dico avervi prestato; voi sostenete di no, e mi chiedete il titolo. Rispondo essersi distrutto, ma essere al caso di giustificare legalmente il mio credito. Sono stato vittima di un incendio ch'è un fatto certo; è similmente notorio, che l'incendio si apprese nel mio studiolo di notte, mentre dormiva, e sebbene tosto spento, consumò il mobile con ciò che conteneva, e in esso, trenta persone dichiararono di essersi conservate sempre tutte le mie carte; di poi moltissimi testimonî, degnissimi di fede, deporranno, gli uni avervi veduto da me, entrare nel mio studiolo prima dello incendio, forse il giorno innanzi, pregandomi vi ricordassi il tempo in cui doveva pagarsi il vostro biglietto dei 2,000 franchi, ed avermelo veduto cercare per indicarvi il tempo; gli altri, avervi inteso dire più volte, che dovevate pagarmi 2,000 fr. in quel tempo; ed altri, se si vuole, avervi veduto in un tempo precedente nella mia camera prendere in prestito i 2,000 fr., metterli nella vostra sacca, e poi passare con me nel mio studiolo (ov'essi non ci hanno seguito), per scrivere il vostro biglietto. In simili casi, la mia domanda non dee forse menarsi buona? Eppure nissun testimonio riferisce il tenore del biglietto, nessuno l'ha letto, o veduto.

Errano dunque Toullier e Zachariae insegnando, che i testimonî debbano riferire *il tenore dell'atto*, ed anche Bonnier, il quale dice che il nostro paragrafo permette di comprovarsi con testimonî *il contenuto dell'atto perduto o distrutto*; e infine Duranton, secondo cui io dovrei fare udire « dei testimonî i quali depongano aver veduto fra le mie mani i biglietti prima dell'incendio, *averne letto il contenuto e ricordarsene il tenore* ». Duranton ha copiato questo brano da Pothier, ma porge come assoluta un'idea, che in quello scrittore è il primo membro di una alternativa, fermandosi per l' appunto in quest' ultima proposizione: *o* che deporranno *conoscere il debito*. E Pothier aggiunge: È necessario essere certo che si sia incendiata la mia casa, ovvero che io sia in caso di provarlo perchè possa ammettersi *la pruova testimoniale* (di che cosa? del contenuto

dei biglietti forse? No) *del prestito di denaro* di cui io pretendo aver perduto i biglietti: (*Oblig.*, n. 781).

Così, i testimonî che abbiano personalmente veduto, letto e ritenuto l'atto, saranno solo necessarî quando l'atto va soggetto a formalità, di cui l'adempimento non ha potuto comprovarsi che con l'esame dell'atto dal riferito suo tenore.

VI. — La Corte suprema in una decisione di *annullamento* dei 5 ap. 1817 ha professato, in occasione del nostro paragrafo 4°, una dottrina, la quale, benchè approvata da alcuni giureconsulti, è sempre un grosso errore, un giro vizioso, una aperta violazione della legge. Fu deciso che quegli il quale dice di avere avuto sottratta una controscrittura, e vuol provare per mezzo di testimonî il fatto della sottrazione, e le convenzioni enunciate dalla controscrittura, non può essere ammesso a pruovare oralmente la sottrazione della controscrittura che dopo aver provato per mezzo della scrittura (o di un principio di pruova per iscritto) che la controscrittura sia esistita.

È questo il singolare motivo di cotesta singolare decisione: « Attesochè la sottrazione della controscrittura... è un fatto di frode eccettuato per l' art. 1348 (1302) dalla regola sanzionata dall'articolo 1341 (1295); ma non può essersi sottratta la controscrittura se la non sia esistita; che prima che possa essere provato dai testimonî il fatto della sottrazione, è necessaria (per mezzo della scrittura) la pruova della preesistenza della controscrittura; che ammettere senza previa tal pruova, la pruova testimoniale del fatto della sottrazione, importerebbe pruovare che esistano convenzioni civili con un genere di pruova espressamente vietato (dallo articolo 1341 (1295)); attesochè nella specie Bouilloux . . . non riferiva alcuna pruova scritta... della preesistenza della controscrittura ». Annulla.

Non sappiamo d'onde prendere questo guazzabuglio d'idee; ma in qualunque modo, e da qualunque parte si legano, si dimostreranno sempre assurde, e si farà toccare con mani che la legge vi è stata violata. La decisione si restringe a ciò: « È vero che il caso della sottrazione di una controscrittura fa eccezione allo art. 1341 (1295); ma non potendosi provare la sottrazione di una controscrittura senza che se ne sia provata la preesistenza, e l'articolo 1341 (1295) vietando di far tal pruova per mezzo di testimonî, ne seguita non potersi fare la pruova testimoniale della sottrazione ». In altri termini, il caso di cui si tratta *non è governato dal principio dell'art. 1341 (1295)*, ma rientra nell'eccezione dell'articolo 1348 (1302) in guisachè parrebbe permessa la pruova testimoniale; ma il principio dell'art. 1341 (1295) *(che non è applicabile)* opponendosi alla *pruova testimoniale*, la pruova è vietata. *Ciò vale* che il caso *presenta una eccezione*, ma resta *governato dal principio*; che l'articolo 1341 (1295), è *inapplicabile* ma *deve applicarsi!!!*

Quante false idee, quante sottigliezze ridicole e inesatte accumulate in poche linee! Dite che non si è potuto sottrarre la controscrittura se dessa non sia esistita (il che è evidentissimo), ed aggiungete che innanzi di provare con testimonî la sottrazione, bisogna provare prima *per mezzo di scrittura* che la controscrittura è esistita! Possiamo concedervi l' ordine delle pruove: non montando che l'attore debba provare separatamente e successivamente, 1° che vi era una controscrittura, 2° che essa vi è stata tolta e distrutta, ovveramente ch'egli potea provare insieme i due fatti; ma non vi potremo concedere che il primo, anzichè il secondo fatto, debba provarsi per mezzo di scrittura. Come! se un avvenimento di forza maggiore mi ha tolto il mio titolo, dovrei provare *per mezzo di scrittura* che esso ha esistito! Ciò importa che facendo una convenzione anteriore e raccertata da un atto, dovrei non solo procurarmi una scrittura *per provare* occorrendo *la convenzione*, ma procurarmene pure un'altra per pruovare la prima scrittura! Una siffatta significazione dell'articolo 1341 (1295), essendo certamente contraria al buon senso, non fa mestieri

d'immorare su questo primo argomento: di più ci sembra che la decisione abbia detto di volo e senza badarvi, più di quel che voleva; e questo primo argomento si confonde nella mente del redattore con quello che viene più appresso. Si dice che provare oralmente il fatto complesso della sottrazione della controscrittura che enuncia certe convenzioni, sarebbe al postutto provare le convenzioni per mezzo di testimoni (il che è verissimo); ma che tal pruova è vietata dall'art. 1341 (1295) (il che è pure verissimo), e quindi la pruova non può farsi nel nostro nè in qualunque altro caso. Ciò è falsissimo: sarà impossibile finchè reggerà il principio dell'articolo 1341 (1295), ma sarà certamente possibile quando si è in una delle eccezioni che autorizzano la pruova testimoniale. Ci siamo o pur no? Sì di certo, in quella dell'art. 1348-4° (1302), poichè un avvenimento di forza maggiore ha privato lo attore della scrittura ch'egli si era procurato affin di provare le convenzioni. Come mai si è potuto così mal comprendere il nostro 4°? Si vuole che l'attore provi con testimonî la sottrazione della controscrittura, e non si vuole che egli provi con testimonî la convenzione che da quella era comprovata! Ma il 4° del nostro articolo non mira ad ammettere la *pruova testimoniale dell'avvenimento di forza maggiore* (questa va da se, e risulta per altro dalla prima regola del medesimo articolo); ma invece ad ammettere, ove lo avvenimento di forza maggiore accada, la pruova testimoniale della convenzione di cui l'avvenimento ha fatto venir meno la pruova scritta.

Si tenterebbe forse di pareggiare il caso della decisione a quello da noi spiegato al n. II-1°, di un delitto che presuppone un contratto, o altro fatto lecito per cui non si ammette la pruova testimoniale? Ma i due casi non sono affatto pari. Allegando che voi avete violato il deposito fattovi, la pruova testimoniale permessami per una parte dell'oggetto complesso di ciò che allego, non lo è per l'altra, avendo potuto e dovuto ritirare una pruova scritta del deposito che dico essersi violato. Ma qui la pruova testimoniale deve ammettersi per ciascuno degli oggetti: per il fatto della sottrazione secondo il 1° del nostro articolo, poichè è un delitto di cui non ho potuto ritirarmi una pruova scritta; per le convenzioni medesime secondo il 4°, poichè l'avvenimento della forza maggiore mi ha messo nella impossibilità di riferire la pruova scritta che mi ero procurata.

Mangin, e dopo lui le raccolte di decisioni (1), tuttocchè non osano approvare i motivi della decisione da noi censurata, la trovano in sostanza esatta, e credono giustificarla, con dire che si applichi nel caso di controscrittura, nel caso di provare oltre o contro l'enunciazione di un altro atto, ma che non si applicherebbe al caso di titoli ordinarî. Cotesta decisione immaginata da Mangin, e riprodotta dai raccoglitori di decisioni è certamente di poco rilievo: la disposizione del 4° del nostro articolo, non che quella dei precedenti paragrafi e quella dell'art. 1347 (1301), non fanno solo eccezione alla prima delle due regole dell'articolo 1341 (1295), ma ad ambedue: *Le regole sopra esposte ricevono eccezione*, dice l'art. 1347 (1301), e il nostro ripete. Esse *ricevono pure eccezione*. Quando dunque 1° vi ha principio di pruova per iscritto, ovvero 2° quando lo attore non ha potuto procurarsi una pruova scritta, ovvero 3° quando una forza maggiore gli ha tolto la pruova scritta, deve ammettersi la pruova testimoniale o per provare oltre i 150 franchi, ovvero oltre o contro gli atti prodotti.

La decisione erronea del 1817 non ha con ragione ammessa una distinzione che sarebbe un altro errore. Ma ebbe il gran torto di non comprendere affatto il significato dell'ultima disposizione del nostro articolo, e avrebbe dovuto scorgere che la sua dottrina riuscirebbe a *sopprimerla*, men-

(1) *Vedi Trattato dell'atto pubblico*, I, n. 173 (Dev., *Nuova Racc.*, t. V, parte 1ª, p. 304, note; J. P., t. XII, p. 171, note).

tre con tal sistema non potrebbe in *alcun caso* applicarsi. Supponete in fatti quello avvenimento di forza maggiore che volete; supponete anche la pruova testimoniale più completa che si possa immaginare, della perdita dell'atto che giustificava la pretensione dell'attore; supponete infine e d'altronde una pruova (sempre testimoniale) per quanto si può perfetta del fondamento della pretensione: in tutti i casi l'attore sarà respinto dalla decisione. Basterà che si dica *incendio*, *inondazione*, ecc. ecc. in luogo di *sottrazione*, scrivere *atto di vendita*, *quittanza*, ec. in vece di *controscrittura*. In tutti i possibili casi l'eccezione del nostro 4° *sarà cancellata*; perchè voi sarete sempre respinto se non avete piena pruova per mezzo di scrittura, nè principio di pruova per iscritto; se avete una pruova per iscritto si applica lo art. 1341 (1295) e non vi si fa eccezione; se infine avete un principio di pruova per iscritto, si ammetterà la vostra pruova testimoniale, non più in forza dell'art. 1348 (1302) 4°, ma in forza dell'art. 1347 (1301). Adunque la strana dottrina della decisione, come abbiam detto, sopprimerebbe l'ultimo paragrafo *del nostro articolo*; e quanto più vi si pon mente, tanto meno si comprende una tale aberrazione, massime in una decisione che ne annulla una esattissima.

VII. — Fino a qui abbiamo svolto i tre casi generali di eccezione al doppio divieto dell'art. 1341 (1295): — 1° l'esistenza di un principio di pruova per iscritto (articolo 1347 (1301)); — 2° la impossibilità in cui l'attore è stato di procurarsi una pruova scritta (art. 1348 (1302), 1° 2° e 3°; — 3° la impossibilità in cui è stato di conservare la scrittura procuratasi e che è stata tolta via da una forza maggiore (art. 1348 (1302), 4°). Dobbiamo ora occuparci della quarta causa di eccezione indicataci dal testo medesimo dell'art. 1341 (1295) con questo ultimo restringimento: *il tutto senza pregiudizio di ciò che è prescritto dalle leggi relative al commercio*.

I due principî dell'art. 1341 (1295) soggiacciono entrambi ad eccezioni, almeno secondo noi, negli affari di commercio. Quindi si può allora provar con testimonî: 1° un interesse maggiore di 150 fr.; 2° al di sopra o al di sotto di quella somma, oltre o contro le enunciazioni di un atto scritto.

Intorno al primo punto concordano gli scrittori e le decisioni. Infatti l'art. 109 (108) del Codice commerciale ben lo giustifica, dichiarando che le compre e le vendite possono dimostrarsi con la pruova testimoniale. Le compre e le vendite sono il tipo di tutti gli affari commerciali; sono gli atti di commercio più frequenti e più importanti. Dunque la pruova testimoniale ammessa per quelle, ammettesi implicitamente per tutte le altre operazioni secondo l'antico uso del commercio che il legislatore non ha voluto punto mutare (Merlin, *Quist.*, alla parola *Ultima istanza*, § 18).

Controverso è il secondo punto. Bonnier (n. 93) e tre decisioni di Corte di appello (l'ultima di Angers dei 4 giugno 1829) decidono, che anche in affare di commercio, oltre i casi indicati dai nostri art. 1347 1348 (1301, 1302), non si può provare con testimonî nè contro nè oltre il contenuto negli atti. Ma tal dottrina è stata rigettata dal più degli scrittori e dalle decisioni (1), e a nostro avviso con buona ragione.

Infatti 1° l'antico uso del commercio era egualmente certo intorno al secondo punto (Merlin, *loc. cit.*), e così giudicava il parlamento di Parigi fin dal principio del XVII secolo; nella legge non v'è una regola diversa; 2° anzi essendosi redatto l'art. 109 (108) da principio nel senso che la pruova testimoniale sarebbe ammessibile *se vi fosse un principio di pruova per iscritto*, — il che avrebbe pareggiato gli affari di com-

(1) Toullier (IX-233); Pardessus (nn. 262 e 459); Dalloz (*Obbligaz.*, art. 3, n. III); Zachariae (V, p. 724, note 3); Nouguier (III-65); Devilleneuve e Massè (n. 10); Tolosa, 11 maggio 1833; Parigi, 3 mag. 183 ; Rig., 10 giugno 1835; Rig., 11 giugno 1835; Agen, 1 febbr. 1838; Rig., 6 ap. 1841 (Dev. e Car., 1836, I, 623 e 689; 1841, I, 709).

mercio a quelli civili — si fe' rumore contro tal novità, si volle conservata l'antica regola, e l'articolo quindi fu redatto qual esso è, permettendosi la pruova testimoniale *in tutti i casi in cui il tribunale giudicherà doverla ammettere*; 3° l'articolo 41 (33 M) del Codice di commercio, stanziato espressamente onde non ammettersi la pruova testimoniale contro ed oltre il contenuto negli atti, nel caso speciale di società, chiaramente dimostra che in generale è ammessibile: non si sarebbe espresso specialmente per le società il divieto se desso fosse stato comune a tutte le materie; 4° il testo medesimo dell' art. 1341 (1295) esprime la medesima idea, perchè stanziati i due divieti, annunzia che la eccezione delle leggi di commercio riguarda *il tutto*.

Bonnier incorre in gravi errori di fatto riguardo alle due decisioni citate da lui in sostegno della sua opinione. « Una decisione di annullamento dei 16 maggio 1829, egli dice, si è dichiarata in questo senso; e il contrario sembra essere deciso da una decisione di rigetto degli 11 giugno 1835, perchè nella specie vi era un principio di pruova per iscritto ». Queste tre linee dan luogo a parecchie osservazioni. E primieramente, la pretesa decisione di annullamento dei 16 maggio (che invece è di rigetto dei 15 giugno) non giudica affatto, che non possa ammettersi la pruova testimoniale oltre o contro l'atto, ma soltanto che il giudice ha intorno a ciò pieno arbitrio, come ben si scorge dai termini dell'art. 109 (108): *In tutti i casi in cui il tribunale giudicherà doverla ammettere*. —Di poi la decisione degli 11 giugno 1835, la quale, secondo Bonnier, giudicò ammessibile la pruova testimoniale per esservi un principio di pruova per iscritto, l'ammette al contrario indipendentemente da tale circostanza. La Corte di appello aveva detto: « Attesochè in materia di commercio è ammessibile la pruova testimoniale in *qualunque sorta di controversia*, e quindi sarebbe *doppiamente* ammessibile in quella ove è un principio di pruova per iscritto ». La Corte suprema ha riprodotto la medesima dottrina dicendo: « Attesochè la pruova testimoniale può ammettersi in materia commerciale; *quantunque la domanda* (contro cui è diretta) sia fatta in forza *di un titolo scritto* giusta la *disposizione ultima dell' art. 1341 (1295)* combinato con l'art. 109 (108) del *Codice di commercio*: attesochè *altronde* la decisione impugnata comprova che nella causa era un principio di pruova per iscritto ». Da ultimo abbiamo veduto che la Corte suprema ha stanziato tre volte (10 giugno 1835, 11 giugno 1835, 6 aprile 1841) la nostra dottrina a cui Bonnier la credeva opposta, non mai si è dichiarata in senso contrario.

La regola di non doversi applicare i principî dell'art. 1341 (1295) alle materie di commercio, ci sembra troncare la quistione controversa, cioè se si può provare con testimonî la rimessa di oggetti destinati a trasportarsi fatta ad un appaltatore di trasporti. Bonnier (n. 111) dice di no; ma noi seguendo Maleville (sopra l'art. 1786 (1632)) e Zachariae (t. 2, p. 41) giudichiamo di sì, non già per una pretesa analogia col 4° del nostro articolo e con lo art. 1952 (1824), ma perchè è una operazione di commercio. Indarno Bonnier fa osservare che l' art. 1785 (1631) ordina agli appaltatori di scrivere sopra registri tutto ciò che si dà loro a trasportare, d'onde vorrebbe inferire che non si possa ammettere la pruova testimoniale, perchè gli altri commercianti debbono scrivere sopra i registri tutte le loro operazioni (articolo 8 (16) Cod. di commercio) il che non toglie che si possa ammettere la pruova testimoniale, come il medesimo Bonnier consente.

VIII. — Sotto il Codice Napoleone, come anche prima, era molto controverso se debba ammettersi come ultima eccezione ai principî dell' art. 1341 (1295) il caso in cui consente quello contro di cui si vuol fare la pruova (1).

Sebbene l' affermativa è professata non

(1) Negativ. Toullier (IX-36 e seg.); Merlin (Rep., alla parola *Pruova*, sez. 2, § 3, nn. 28 e seg.);

solo da moltissimi scrittori, ma da tre decisioni della Corte di appello, noi per nostro intimo convincimento non possiamo ammetterla. Infatti, il divieto della pruova testimoniale non tende solo a proteggere il litigante contro il pericolo della subordinazione dei testimoni, ma anche a prevenire si moltiplicassero i litigi. Or il divieto sotto il primo aspetto si riferisce principalmente all'interesse privato della parte; sotto l'altro ad un interesse generale: giova restringere per quanto si può il numero dei litigi nello interesse dell'intera società, e non già per le persone che voi chiamate innanzi il tal tribunale. Ma essendo un oggetto d'interesse pubblico, è dunque impossibile secondo l'art. 6 (7) che vi si deroghi con una convenzione particolare, e quindi il consenso delle due parti contendenti riuscirebbe inefficace. Si badi inoltre, che il Codice, mentre ha espresso le varie eccezioni al principio, non ha per nulla accennato a quella che si vuole introdurre, e tanto più vale il silenzio della legge, quanto ella ha notato anche i casi che andavano da sè, quelli nei quali vi è stata impossibilità fisica, materiale, assoluta di procurarsi una pruova scritta. Nè solo ciò; ma i termini della legge indicano lo intendimento contrario, avvegnachè l'art. 1341 (1295) dicendo non già che si *potrà impedire la pruova testimoniale*, ma che *non sarà ammessa alcuna pruova testimoniale*, stabilisce non *un dritto conferito al litigante*, che potrebbe volendo respingere la pruova testimoniale, ma *un divieto diretto al giudice*, onde non ricevere alcuna pruova testimoniale.

Le sole eccezioni adunque che ci sembra doversi ammettere, sono le quattro da noi indicate, e che ricorderemo ponendo fine a questa importante e difficile materia.

1° Esistenza di un principio di pruova per iscritto; — 2° Impossibilità *in cui si* è stato di procurarsi una pruova *scritta*; — 3° Impossibilità di conservare la pruova scritta che si è procurata; — 4° infine, materie di commercio.

Ben si comprende, che la pruova testimoniale in tutti i casi in cui sarebbe diretta contro l'enunciazioni provate da un atto, che fa fede sino alla iscrizione in falso, non potrebbe essere ammessa che mercè la iscrizione in falso.

SEZIONE III.

DELLE PRESUNZIONI

1349 (1303).—Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto.*

I. — In mancanza di pruove propriamente dette, cioè tali da render certo o a un di presso la verità di ciò che si allega, bastano le presunzioni che lo rendano semplicemente verosimile o probabile. Le quali presunzioni, giusta il nostro articolo, sono conseguenze tratte da un fatto noto ad uno ignoto; definizione che presa alla lettera si applicherebbe a qualunque prova di un fatto, perchè la prova non si fa mai che con la induzione dal noto all'ignoto.

La legge vuol dunque parlare delle conseguenze *congetturali* e cavate dal noto all'ignoto per mezzo di pura probabilità.

Rolland de Villargues (Rep., alla parola *Pruova*, 40 e seg.); Boncenne (IV, p. 223 e seg.); Zachariae (V, p. 695); Affermativam. Duranton XIII-308; Favard (alla parola *Pruova*, sezione 1, § 1); Dalloz (alla parola *Obbligaz.*, cap. 6, sez., 2, articolo 2, n. 3); Curasson (*Competenza dei giudici di pace*, 1-15); Bonnier (n. 115); Bourges, 16 dicembre 1824; Rennes, 25 feb. 1841; Bordeaux, 16 gen. 1846 (Dev., 1841, II, 427; 1846, II, 299).

* — Sopra semplici presunzioni non si può distruggere l'efficacia di un documento, se questo non sia impugnato ne' modi regolari di falso, di nullità, o altrimenti. C. Supr. di Napoli, 17 giugno 1852.

— Il primo citato, benchè non abbia fatta la pruova ordinata, può, ciò non ostante, giovarsi delle presunzioni adottate per gli altri convenuti. C. S. di Napoli, 17 luglio 1852.

Del resto, le presunzioni che si possono opporre alle pruove, presa questa parola nel senso speciale, diventano pruove esse stesse nel senso lato della parola, e come tali sono ammesse dal Codice, formando qui la terza classe di pruove che dobbiamo studiare, e che ci erano state indicate dall'art. 1316 (1270).

II. — Le presunzioni si dividono in presunzioni *legali* o *di drillo*, e in presunzioni dell'*uomo o di fatto*, secondo che la induzione che le costituisce si fa dalla legge stessa o dal magistrato. Le presunzioni legali si dividono in semplici o *juris tantum*, e in assolute, dette *juris et de jure*.

Un primo paragrafo è dal Codice consacrato alle presunzioni legali, un secondo alle presunzioni dell'uomo.

§ 1. — *Delle presunzioni stabilite dalla legge.*

1350 (1304). — La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a taluni atti o a taluni fatti. Tali sono:

1° gli atti che la legge dichiara nulli per la sola loro qualità, perchè li presume fatti in frode delle sue disposizioni;

2° i casi ne' quali la legge dichiara che la proprietà, o la liberazione risulti da alcune circostanze determinate;

3° l'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata;

4° la forza che la legge dà alla confessione o al giuramento della parte.

I. — La presunzione legale è, come già sappiamo, quella stabilita dalla legge con qualche speciale disposizione; il nostro articolo ce ne indica parecchi casi.

Così primieramente, evvi presunzione legale quando un atto è dichiarato nullo dal legislatore sulla semplice supposizione dedotta da questa o da quella circostanza, che l'atto è fatto in frode delle disposizioni della legge. Quando, per esempio, l'articolo 911 (827), dichiarata nulla una donazione fatta ad una persona incapace di ricevere, dichiara di pieno dritto nulle le donazioni fatte al padre, alla madre, al discendente o al coniuge dell'incapace, la è questa una presunzione, poichè dal fatto noto, che una donazione è fatta al coniuge o ad un parente prossimo dell'incapace, si deduce, per mera congettura e per semplice probabilità, il fatto ignoto, che la è realmente fatta allo stesso incapace; ed è una legale presunzione poichè la conseguenza è tratta dalla stessa legge. Evvi pure una simigliante presunzione legale nell'art. 918 (834), secondo cui qualunque atto che si presenti come una vendita a fondo perduto o con riserba di usufrutto, fatta ad uno degli eredi presuntivi in linea retta del venditore, è una donazione mascherata, e l'atto, nullo come vendita, potrà solo valere come liberalità da ridursi alla quota disponibile.

Evvi pure un'altra presunzione di altro genere in tutti i casi in cui la legge secondo il nostro articolo, fa risultare da talune circostanze la proprietà o la liberazione. Così, la legge vi dichiara proprietarî per effetto della prescrizione, perchè dal silenzio tenuto per il tempo stabilito dal precedente proprietario, si suppone il consenso di costui, e che voi siete oggi il vero padrone; dichiara esservi in quella circostanza e non in quell'altra, comunione di muri, di fosse o di siepi perchè le circostanze fan supporre che l'oggetto appartiene per intero ad uno dei vicini, o solo per metà a ciascuno di essi; ed è pure un caso di proprietà stabilito per presunzione legale. La legge vi dichiara per effetto della prescrizione liberato da un debito perchè il silenzio del vostro creditore gli fa presumere che l'abbiate pagato; e similmente vi dichiara liberato, perchè la rimessa che il creditore vi ha fatto del suo titolo fa supporre un pagamento (articolo 1282, 1283 (1236, 1237)). Sono questi altrettanti casi di presunzioni legali.

II. — Una delle più importanti presun-

sunzioni legali, una di quelle che al pari della prescrizione, debbono riguardarsi come fondamenti dell'ordine sociale, è quella indicataci dal 3° del nostro articolo, cioè la cosa giudicata che noi studieremo sotto il seguente articolo. Vi hanno altre presunzioni legali diverse da quelle accennate dal nostro articolo il quale ne porge soltanto esempî. Sul proposito si può leggere lo art. 1 (1), che stabilisce da qual termine la legge si reputa conosciuta dai cittadini; l'art. 312 (234 M), che stabilisce la paternità del marito della donna incinta; gli art. 388 e 488 (311 e 411) che stabiliscono il principio, che l'individuo non ha mai la piena intelligenza dei suoi atti prima di ventun'anno, e sempre dopo tale età; gli art. 720, 722 (641, 643) che in mancanza di pruove determinano colla presunzione dell'età e del sesso l'ordine in cui sieno morte più persone in un medesimo avvenimento; l'articolo 847, 849 (766, 768), ec.

Il 4° del nostro articolo non bene a proposito colloca fra le presunzioni la confessione e il giuramento della parte. Esse non son semplici presunzioni, ma pruove piene; e i redattori si mettono in contraddizione con se medesimi. In fatti, il Codice indicando nell'art. 1316 (1270) il disegno di questa materia della pruova, anzichè far rientrare la confessione e il giuramento fra le presunzioni, posciachè indica queste come la terza classe di pruova *lato sensu*, presenta la confessione come la quarta, ed il giuramento come la quinta ed ultima. Dippiù la nostra sezione delle presunzioni è seguita da una sezione *quarta* per la confessione, e da una *quinta che* tratta del giuramento. Il 4° del nostro articolo dunque deve tenersi come non scritto.

1351 (1305). — L'autorità della cosa giudicata non ha luogo se non relativamente a ciò che ha formato l'oggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contra di esse nella medesima qualità.*

* Massime della C. S. di Napoli:

— La pronunziazione che dichiara non esservi allo stato luogo a deliberare, non è diffinitiva, nè può opporsi come giudicato. 1 febbraro 1825.

— Non si può opporre l'eccezione del giudicato se non *quanto res est eadem, eadem qualitas iudicii, eadem causa petendi, eadem conditio personarum*. 8 gennaro 1828.

— Il giudicato in linea penale pregiudica nel civile. 26 ottobre 1833.

— Il giudicato nell'azione personale non fa stato nella ipotecaria. 25 aprile 1839.

— Non osta al successore il giudicato riportato contro del suo autore, quando siasi succeduto prima del giudicato. 24 luglio 1842.

— L'aggiudicazione in massima dei danni ed interessi non forma giudicato rispetto alla lor quantità. 30 luglio 1842.

— Se alcuno sia condannato a pagare una somma insieme con gl'interessi, ed appelli dalla sentenza di condanna senza parlare degl'interessi, non può dirsi che per questi vi sia cosa giudicata, 3 febbraro 1846.

— Quando un fatto qualificato delittuoso si definisce non esser tale, ma che abbia prodotto danno, la decisione della gran Corte criminale di non esservi luogo a procedimento e rinviarsi la parte civile innanzi al giudice competente, non è di ostacolo allo sperimento dell'azione civile. 3 febbraro 1848.

— L'interlocutoria, che non liga il magistrato, non costituisce cosa giudicata. 27 febb. 1849.

— La somma liberata puramente e semplicemente in una prima graduazione, non si può nella sede di altro giudizio sottoporla a condizione. Non si può pretendere un dato grado in graduazione sol perchè si ottenne in una graduazione precedente. 17 marzo 1849.

— Quantunque la sentenza di condanna al pagamento degl'interessi già maturati non parli dei maturandi, pure son dovuti quelli maturati dopo la sentenza medesima. 12 aprile 1849.

— Il giudicato penale che dichiari non trovare indizî sufficienti di reità di falso, non è di pregiudizio allo esperimento del giudizio di falso civile diretto a far dichiarare falsa la scrittura. 17 aprile 1849.

— Nè la decisione annullata nè i motivi di annullamento costituiscono pregiudizio di cosa giudicata innanzi ai giudici di merito del rinvio. 9 giugno 1849.

— In materia di falso il giudicato della gran Corte criminale ha autorità nel giudizio civile. 24 novembre 1849.

— Il giudicato riportato dal debitore contra il creditore libera il sequestratario, non ostante che un giudicato abbia dichiarato la convalida del sequestro, 1 dic. 1849.

— Quando si è giudicato che di una successione aperta intestata spetti metà all'uno e metà all'al-

SOMMARIO

I.— Secondo abbiam detto, uno dei fondamenti dell'ordine sociale è la regola per cui si presume sempre vera la cosa giudicata, *res judicata pro veritate habetur*, e per cui deve tenersi come tale in tutti i casi, benchè il giudice siesi potuto ingannare. Qual forza in fatti avrebbe l'autorità del magistrato, se due litiganti, fatta giudicare due o quattro volte una loro quistione, potessero ritornar sempre da capo?

tro dei contendenti, fermate così le loro qualità, non possono venire scosse da un testamento posteriormente conosciuto, 16 marzo 1850.

— La cosa giudicata si ha quando concorre la identità di oggetto, di causa e di persone, o quando un pronunziato di necessaria conseguenza, come suol dirsi, virtualmente esclude una domanda la quale venga in seguito proposta. 11 sett. 1851.

— Gli atti di volontaria giurisdizione non costituiscono autorità di cosa giudicata, 18 nov. 1851.

— Nell'esecuzione della condanna possono farsi valere i pagamenti di somme non contestate. 7 agosto 1852.

— Il giudicato sta nel dispositivo e non già nelle considerazioni, 14 agosto 1852.

— I giudicati si debbono leggere, e non si costituiscono per interpetrazione, e molto meno per supposizione, 9 dic. 1852.

Bisognava fermarsi una volta, e la legge, onde scemare lo inconveniente dell'errore in cui il giudice può incorrere al pari che gli altri uomini, non altro poteva che accordare, almeno in generale, più gradi di giurisdizione; esauriti i quali, ovvero non fattone lo esperimento, la cosa giudicata resta legalmente vera, qualunque possa essere l'errore, anche evidente della decisione.

Una sentenza forma cosa giudicata se è in ultima istanza, e in contraddizione, ovvero, essendo in prima istanza e in contumacia, non è stata appellata nel primo caso, ovvero opposta nel secondo. I rimedî straordinarî contro le sentenze, come il ricorso in cassazione, non tolgono che la sentenza abbia al presente la sua autorità, salvo che annullata la decisione cade tutto ciò che ne fosse seguìto.

La sentenza di prima istanza non appellata, e la contumaciale non opposta formano da ora cosa giudicata. Duranton (XIII, 150 454, 455) e Zachariae (V, p. 474) insegnano il contrario, spiegando non esservi cosa giudicata nella sentenza che *può essere* appellata ovvero opposta, quantunque non lo fosse stata ancora. Gli è un errore confutato insieme dalla ragione, dai testi e dalla autorità di Pothier che mal si allega in sostegno della loro dottrina. Dapprima, non esservi cosa giudicata importa non esservi sentenza; ora è certamente una sentenza quella che può solo impugnarsi con l'appello o con la opposizione. Interposto l'appello non v'è più sentenza, poichè con esso tutto ritorna in quistione; ma finchè l'appello non v'è, sebbene può esservi, il punto deciso dalla sentenza, non essendo rimesso in quistione, è cosa giudicata per ora. Dippiù l'ordinanza del 1667 (tit. 16, art. 5) pareggiava qui le sentenze « profferite in ultima istanza » e quelle *non appellate* ovvero di cui l' appello non è stato ammissibile ; e Pothier spiegava che « fino a quando non v'è appello, le sentenze, come quelle profferite in ultima istanza, hanno una specie di autorità di cosa giudicata che dà il dritto di poterle eseguire, e forma una sorta di presunzione *juris et de jure*, che esclude dal poter nulla proporre contro di essa finchè non è stato interposto l' appello ; » che soltanto « questa autorità e la presunzione che ne deriva sono momentanee, e si distruggono con l'appello ».

Cotesto errore di Duranton e Zachariae deriva dal confondere i varî significati delle parole *autorità di cosa giudicata*. Volendosi conoscere se uno sia veramente stretto, in guisa che a suo grado o mal suo grado debba subire l'esecuzione della sentenza, non vi è autorità di cosa giudicata finchè egli sia libero di rimettere tutto in quistione; ma volendosi sapere, come nel nostro articolo, se si deve da ora tenere la sentenza come non fatta, e riguardare il punto litigioso come insoluto per ora, non basta più la facoltà di rimetterlo in quistione, ma è necessario che di fatti vi sia rimesso; nel primo caso basta che si possa appellare, nel secondo bisogna che l'appello sia fatto.

La espressione di *cosa giudicata* ha dunque varî sensi (tre come vedremo) che non bisogna confondere. Bonnier lo ha compreso, ma ne fa una falsissima applicazione, lontana dal vero, anche più della dottrina di Duranton e di Zachariae: egli insegna (numero 680) che l'espressione, anzichè significare qui, come dicono questi due scrittori, la impossibilità di impugnare la sentenza coi mezzi ordinarî (l'appello e l'opposizione), ha un senso più rigoroso e significa la impossibilità di qualunque rimedio ordinario o straordinario. In questo sistema la cosa giudicata, quale è intesa dai nostri articoli, esisterebbe solo nella decisione contro cui non si potrebbe aver più alcun rimedio; mentre è incontrovertibile e incontroverso che non solo la possibilità di un rimedio straordinario (come un ricorso in cassazione) ma anche lo esercizio effettivo di esso ricorso non muta in nulla la forza giuridica della sentenza, che resta pienamente efficace finchè non è stata annullata.

Quindi la espressione di *cosa giudicata* ha tre significati. In quello più comune e che sta di mezzo frai due estremi, signi-

fica la decisione contro di cui non può aversi alcun mezzo ordinario, ma che può essere impugnata, e forse lo è stata con un mezzo straordinario, il quale, non modificandone al presente la efficacia, può appresso annullarla. In un senso più rigoroso indica la decisione che non può essere impugnata da alcun rimedio ordinario e straordinario; in un altro men rigoroso indica la decisione che può essere impugnata con un rimedio ordinario, ma che per anco non lo è stata. Quindi tre *gradi* nella cosa giudicata ; o la cosa è giudicata in modo assolutamente irrevocabile, ovvero può essere rivocabile con qualche mezzo straordinario, ma non già con *ordinari*, ovvero in modo da poter essere *revocata* anche con un rimedio ordinario, e allora cesserà di essere giudicata e tornerà in quistione, appena il rimedio sarà proposto contro di essa senza aspettarne l'evento. Or vuolsi dalla ragione, non che da Pothier e dall'ordinanza del 1667 che, dacchè la cosa giudicata la quale conserva al presente tale sua qualità è necessariamente una verità legale, i sopraindicati gradi di forza si possono solo distinguere quanto all'avvenire e per la facilità minore o maggiore con cui si può far cadere la presunzione; ma per il presente una proposizione essendo *res judicata*, deve senza alcuna distinzione *pro veritate haberi*.

Pertanto l'espressione di *cosa giudicata* non ha nel nostro articolo nè il senso intermedio e troppo rigoroso che le danno Zachariae e Duranton, nè quello anche più rigoroso di Bonnier. Essa comprende la cosa giudicata dell'ultima, quanto delle due prime classi. Opponendo alla vostra domanda una sentenza, anche revocabile per via ordinaria , da cui è stata già respinta, essa è sempre contro di voi un mezzo *d' inammessibilità* insuperabile fino a che non vi opponete (se dessa è contumaciale) ovvero ne appellate (se è di prima istanza), e con tali mezzi soltanto voi potete far venir meno l' autorità della cosa giudicata.

II. —La cosa giudicata è unicamente nel dispositivo della sentenza e non già nei suoi motivi , i quali sono le ragioni per cui si è profferita quella sentenza in un senso anzi che in un altro. Per quanto formalmente nei motivi possa enunciarsi una opinione, non vi è cosa *giudicata* se non vi risponde il dispositivo ; e se alle volte possono i motivi consultarsi, ciò serve unicamente per ispiegare il vero senso del dispositivo che sarebbe oscuramente redatto. Anzi lo stesso dispositivo presenta la cosa giudicata pei punti realmente decisi e non per quelli che non si trovano semplicemente enunciati: di leggieri si comprenderà ciò che è stato giudicato, il *quid judicatum*, esaminando le quistioni intorno alle quali le parti discordavano , il *quid judicandum* (1).

Poichè, per una necessità inerente alla natura stessa delle cose, ogni punto giudicato fra due litiganti è per essi una verità legalmente incontrovertibile , qualunque domanda o dell' attore o del convenuto, qualunque azione ed eccezione, per cui si rimetterebbe in quistione ciò che fu deciso, sarà sempre respinta dall'avversario colla cosa giudicata. Ma spesso è molto difficile il conoscere se la quistione proposta ora da una delle parti sia appunto quella decisa, e se la domanda quindi debba respingersi per la inammissibilità cavata dalla forza della cosa giudicata. Il nostro articolo indica le condizioni necessarie per ammettersi cotesta inammissibilità.

Secondo l'articolo, che passa bruscamente da una idea ad un' altra (dacchè dopo una prima proposizione riguardante l' autorità della cosa giudicata, riguardata *in generale* ed *assolutamente*, altra ne presenta senza transizione, che non può aver senso che per la medesima autorità della cosa giudicata , considerata relativamente a una *novella domanda*) onde respingersi una domanda come contraria all' autorità

(1) Vedi Cassaz., 14 gennaro 1852; Agen, 23 ottobre 1854 (J. P., 1852, t. I, p. 382; 1856, t. I, p. 453).

della cosa giudicata è necessario; 1° che la cosa richiesta sia la stessa che nella prima lite, 2° che la domanda sia formata sulla medesima causa; 3° che sorga fra le medesime parti e che abbiano le medesime qualità.

Quindi le tre condizioni che dovremo svolgere sono: 1° Identità dell'oggetto; 2° identità della causa; 3° identità delle parti e delle loro qualità.

1. Identità dell'oggetto.

III. — E primieramente, *identità dell'oggetto*. È necessario che la cosa cui mira la novella domanda sia la medesima di quella, su cui versa la sentenza.

La cosa dev' essere la *medesima*, ma ciò non vale che essa non debba in alcun modo essere mutata: medesimezza di cosa e non delle qualità; essendo il medesimo l'oggetto, qualunque sieno le modificazioni sopravvenute nell'intervallo, la nuova domanda dovrà respingersi perchè tende a far rivivere una quistione già decisa. Così se or sono parecchi anni ho intentato una azione di rivendica della tal casa, della tal terra o del tale armento, l'essere stata la casa abbellita, meglio distribuita, o considerevolmente mutata, la terra arata mentre prima era piantata a bosco; l'essere ridotto a 25 capi l'armento composto prima di 60 e poi di 100; non mutando perciò l'armento, la terra, la casa, non toglierà che si dichiari inammissibile la rivendica che novellamente volete voi fare. Infatti il mutamento della casa, il modo di cultura della terra e il valore dello armento, sono indifferenti alla quistione messa innanzi da voi or son tre anni, e che voi nuovamente mettete innanzi, cioè se vi appartengono la casa, la terra e l'armento, e quindi la modificazione di queste cose non fa mutare la quistione che riman sempre la stessa.

Ciò è tanto semplice che si oscura volendolo spiegare; e tutto ciò che riguarda la condizione *dell' identità dell' oggetto*, sarebbe stato pur semplice, se la dottrina, come spesso avviene, non avesse falsato le idee intendendo stabilirle meglio. Bastava il solo buon senso per indagare e determinare se ciò che si vuol mettere in quistione sia stato o pur no deciso da una prima sentenza. Ma disgraziatamente alcuni romani giureconsulti avevano immaginato di fare alla nostra materia una applicazione meccanica di assiomi di geometria, i quali, più ingegnosi che giusti, dovevano trarre in errore (Vedi specialmente *Dig.*, lib. 44, tit. II, VII, proleg.); e i nostri moderni comentatori adottando tali idee, con più rispetto che discernimento, han dato sotto lo impero del Codice Napoleone soluzioni da non credersi.

Il più degli scrittori, ma specialmente Toullier (X, 147-149 e 150-155), e Zachariae (V, p. 782-783) riproducendo servilmente il sistema romano, stabiliscono questi due principi certamente incontrastabili, che la *parte è compresa nel tutto*, e che *il tutto non è compreso nella parte*, e ne inferiscono non potersi più domandare una parte quando non ci è stata fatta buona la domanda del tutto, ma invece si può domandare il tutto, quando si è perduto per sola una parte. Ecco gli esempi porti da Toullier.

Colui che succumba in una domanda di rivendicazione d'un immobile, e poi chiede una parte o divisa o indivisa della proprietà dello stesso immobile, sarà respinto coll'eccezione della cosa giudicata, perchè si dice, l'oggetto della sua seconda domanda è una parte della cosa prima domandata; e comprendendosi la parte nel tutto, l'oggetto della seconda domanda è stato pure compreso nella prima. Per medesimezza di ragione, se Pietro mi ha domandato 20,000 fr. per quella causa, e perduta la lite egli me ne domanda 10,000 per la medesima causa, dovrà essere respinto per l'effetto della cosa giudicata. Similmente, se il mio avversario che è stato succombente nell' azione con cui egli pretendeva sul mio terreno il dritto di passare a piedi e colla vettura, *viam*, mi chiede il sem-

plice passaggio a piedi, *iter*, sarà inammessibile poichè *iter* comprendesi *in via*, e quindi l'oggetto della seconda domanda è stato pure compreso nella prima. Per lo incontro, colui che succombe nella domanda di una parte soltanto della proprietà di un immobile, potrà domandar poi l'intero; colui di cui non si è accolta la domanda di 1,000 o 1,200 fr. potrà chiederne 20,000; e colui cui è stato negato il semplice dritto di passare a piedi, potrà chiedere di passare a piedi e con vettura, perchè avendo il litigante domandato prima una parte, ed ora l'intero, l'oggetto della seconda domanda non si può dire compreso anche nella prima.

Duranton (*XIII*, 462, 463), Bonnier (n. 684, 685) e Poujol (n, 23, § 6) par che ammettano pure queste idee per quanto riguarda il primo principio.

Or siffatte soluzioni sono le più sofistiche e più false del mondo, e qual potenza non deve aver la pratica perchè si professino anche oggi siffatte dottrine! E che! perchè fu giudicato di non avere la proprietà intera ed esclusiva di quell'immobile, lo è stato perciò di non essere comproprietario per una frazione! Perchè fu giudicato non essere vostro creditore di 20,000 fr. lo è stato pure di non esserlo per 1,000, o o 1,200! Perchè fu detto non poter passare sul vostro terreno ora a piedi ed ora con la vettura, ne segue forse non potervi passare soltanto a piedi! E quasi fossero poche le assurdità, bisognerebbe ammettere la contraria di ognuna di queste proposizioni. Essendo legalmente certo, che per la tal causa voi non avete nemmeno una frazione della proprietà di quell'immobile, un *quinto* per modo di esempio, sarebbe possibile e da discutersi, che per quella medesima causa ne aveste la proprietà intera cioè lo *stesso quinto con gli* altri quattro! Essendo fermo non *doverví* 1,200 fr. per la tal causa, resterebbe possibile e da discutersi che per la medesima causa io ve ne debba 2,000! Essendo riconosciuto non avere voi il dritto di passare sul mio terreno *a piedi*, sarebbe possibile che voi abbiate il dritto di passarvi e *a piedi* e colla vettura! In vero ciò non è da credersi.

Dal non essere il tutto compreso nella parte ne inferite che rimasto succombente per la parte, io posso ancora domandare l'intero! Ciò a torto, imperocchè, essendo la parte nel tutto, la sentenza che decide che voi *non avete nemmeno questa parte*, implicitamente e necessariamente decide che *non avete l'intero*. Pertanto con ragione Duranton rigetta (n° 464) le strane conseguenze che si son volute ricavare dal principio *Totum in parte non est*, e intorno alle quali tacciono Poujol ed anche Bonnier nel suo Trattato generale. Duranton che non seppe romperla qui col dritto romano si lascia cogliere dalla censura allegando in sostegno la legge 3 (Dig., lib. 44, tit. II; la quale suppone semplicemente come la legge 7, § 4 una persona che prima, con una rivendica a titolo particolare, e poi con la petizione di eredità, pretenda i medesimi beni, per modo che per vie diverse mette sempre innanzi la medesima quistione. Ma Duranton in sostanza non ha meno ragione, essendo evidentissimo che dall'assioma *Totum non est in parte*, non si cava affatto la conseguenza che colui il quale si riconosce non essere proprietario della tal cosa, si potesse fare assegnare un composto di cose che quella comprendono. Che egli ottenga *tutte le altre parti* di questo composto, sia pure; ma che si faccia dichiarare proprietario della parte che si è definitivamente giudicato non appartenergli, e faccia così smentire la sentenza, è impossibile poichè *res judicata veritas est*.

Ma se debbonsi rigettare tali conseguenze, lo si debbono pure quelle che si pretende cavare dall'altro principio *In toto pars continetur*, sebbene sembrano ammessi da Poujol, Bonnier e Duranton, non che da Toullier, Zachariae e dagli altri scrittori. Imperocchè per quanto autorevole sia lo accordo degli interpetri, non potrebbero vincerla sulla ragione, e, che che se ne possa dire, non si potrà mai logicamente conchiudere che dal non aver dritto all'intero io non abbia almeno dritto ad alcuna delle sue parti.

IV. —Adunque non per l'applicazione di

questi due principi *Pars in toto*, *Non in parte totum*, bisogna risolvere le difficoltà che possono presentarsi nella materia dell'identità dell'oggetto domandato. Si vuol conoscere se la quistione messa innanzi da un litigante sia o no decisa da una sentenza anteriore, se il punto che egli vuol discutere è cosa ormai giudicata, o se la prima sentenza lo lasci indeciso: che bisogna perciò fare? Ravvicinare la proposizione stabilita dalla precedente sentenza a quella della domanda che il litigante vuol fare giudicare; se la seconda non contraddice la prima, e può con essa coesistere, il punto non era deciso; se al contrario le due proposizioni si contraddicono e sono incompatibili, la seconda pretensione era già cosa giudicata.

Così, rimasto perdente nella mia domanda di rivendica di quello immobile, posso ora chiedere la proprietà di una parte divisa o indivisa p. e. di un quinto? Applichiamo la regola nostra. Fu giudicato che io *non sono proprietario esclusivo di tutto l'immobile*. voglio fare giudicare che *sono proprietario diviso o indiviso di un quinto di esso immobile*: Coteste due proposizioni non discordano fra loro; si può ammettere la seconda senza contraddire la prima; non essendovi dunque cosa giudicata, può accogliersi la mia domanda. Sarà il medesimo, se la prima sentenza stabilisca che *io non ho un dritto di comproprietà indiviso su tutto l'immobile*, ed io voglia far decidere che *sono proprietario esclusivo di una porzione divisa di esso immobile*, ovvero, viceversa, se la prima sentenza mi ha negato la proprietà esclusiva e divisa d'una porzione, ed io pretenda una comproprietà indivisa. Ciò fu benissimo deciso della Corte Suprema (1). Se io domando nel primo giudizio una porzione divisa o indivisa dell'immobile, potrei, rimanendo succombente, domandare l'intero immobile! No; perchè fu giudicato che io *non ho nemmeno un quinto dell'immobile* e vorrei far giudicare *che ho quel medesimo quinto non che gli altri quattro*, per modo che la seconda sentenza smentirebbe la prima. Ma se io lascio giudicare che *non ho il tal quinto determinato*, potrei domandare invece dell'intero immobile *gli altri quattro quinti* che non riguardò la sentenza; in questo caso le due domande versano sopra due oggetti distinti. Infine ben si comprende che se la prima sentenza avesse troncata la quistione di proprietà contro di me sotto diversi aspetti, decidendo non avere io nè comproprietà indivisa o d'una qualunque parte, nè proprietà divisa o esclusiva, o del tutto o di una parte, non potrebbe più farsi alcuna quistione, e qualunque domanda che tenda alla proprietà qual che si fosse, sarebbe cosa ormai giudicata.

Similmente, essendo giudicato, che per la tal causa *voi non mi dovete 1,000 fr.* io non posso certamente far giudicare che per la medesima causa *me ne dovete 10,000*. Per lo incontro, essendo soltanto giudicato che voi *non me ne dovete 10,000*, io posso far giudicare *che me ne dovete 1,000*. Se sulla mia prima domanda si fosse giudicato che voi non mi dovete non solo i 10,000 ma nulla, io non potrei fare altra domanda.

Infine, essendo giudicato *che non ho il dritto di passare a piedi e colla vettura*, posso chiedere il dritto di passare *solo a piedi*, ovvero *solo con la vettura*. Se è stato giudicato che io non ho il dritto di passare *a piedi*, posso ben domandare il dritto di passare *solo con la vettura;* ma non posso chiedere il dritto di passare *a piedi* e *con la vettura*, essendo contraddittorie le due proposizioni.—Diciamo che rimasto perdente per il passaggio a piedi, *iter*, io posso pretendere il passaggio solo con la vettura *viam SINE ITINERE*. Difatti, il dritto di passare con la vettura (*via*), come pur quello di passare per condurre il bestiame (*actus*), sebbene contenga di

(1) Annull. di una decisione di Pothior, 14 febbraro 1831 (Dev., 31, 1, 415).—*Vedi* pure Ann., 24 aprile 1854, e le osservazioni di Rodière intorno a questa decisione nel (*Journal du Palais*, tom. 1, p. 588).

ordinario il dritto di passare a piedi *(iter)* può alle volte non contenerlo ed essere solo: voi potete avere il dritto di passare con la vettura nel mio chiuso per ritirare i vostri ricolti ovvero per condurre al pascolo il vostro bestiame, senza perciò aver il dritto per passeggiare o attendere ai vostri affari. Era il medesimo in Roma, e *via* come anche *actus* comprendeva di ordinario *iter*, ma non già necessariamente. Or se la sentenza che vi nega *iter*, non vi permette nemmeno, che che ne dicano Toullier e Zachariae, di chiedere *viam* CUM ITINERE, ovvero *actum* CUM ITINERE, non vi si toglie di poter domandare *viam* SINE ITINERE.

Non potremmo applicar qui la nostra regola a tutti i moltissimi casi riferiti dagli scrittori; e ponghiam termine con talune osservazioni suggeriteci dalla lettura di Zachariae, e che ci sembrano di provar sempre meglio la falsità del sistema combattuto, per gli sforzi fatti onde coprire la sua assurdità.

V.—Il professore tedesco e i suoi traduttori, stabilendo le pretese conseguenze dell' assioma *Il tutto non è nella parte*, incominciano dal dire (p. 282, nota 58) che rigettata da una sentenza la domanda relativa ad una parte della cosa o del dritto, se ne può ammettere un'altra relativa all'integrità della cosa o del dritto; ma affin di rendere cotesta regola meno urtante aggiungono che « *ciò che non era contenuto* nella prima domanda, può essere chiesto in una seconda ». Or chi non vede che questa seconda proposizione, anzichè spiegare semplicemente la prima, invece la smentisce, e che la prima è tanto falsa quanto vera è la seconda! Sì certamente, io posso domandare con una seconda istanza ciò che non era contenuto nella prima; posso domandare il passaggio per il mio armento *(actum)* e per le mie vetture *(viam)*, ma separato dal passaggio a piedi *(iter)*, quando la mia prima domanda riguardava solo quest'ultimo; posso domandare gl'immobili B, C, D, dipendenti da quel podere, quando la prima sentenza mi ha negato l'immobile A che pure ne dipendeva; essendomi stato negato il quinto di un fondo, posso domandarne gli altri quattro quinti: in somma, essendomi stata negata una parte della cosa o del dritto, io posso domandarne *le altre parti*, le quali non erano comprese nella prima domanda. Ma non posso richiedere la *integrità* della cosa o del dritto, poichè importerebbe far versare la mia seconda domanda sulla medesima parte che faceva l'oggetto della prima.

Un po' più in là (p. 783, nota 62) Zachariae decidendo che colui a cui una sentenza ha negato *iter*, può domandare ancora *viam* o *actum* riguardati come comprendenti *iter*, rimanda per lo sviluppo di questa idea, non solo a Toullier, ma anche a Duranton (XIII. 467). Or questi di cui implicitamente vuolsi seguir la dottrina, insegna al contrario al par di noi, che dopo una sentenza, che nega *iter*, si può soltanto domandare *actum* o *viam sine itinere*. Infatti egli dice prima (e con molta ragione sebbene ciò sia contrario al sistema di Toullier e di Zachariae) che colui cui si è negato un dritto di uso non potrebbe ammettersi a domandare l'usufrutto, perchè essendo giudicato non avere io diritto ai frutti di un fondo per soddisfare ai miei bisogni, è perciò giudicato non aver diritto a tutti i frutti di esso fondo; e poi aggiunge che se la cosa è diversa per le servitù *itineris* e *actus*, e rigettata la prima si può anche domandare l'altra, *gli è perchè si può avere l'actum senza avere l'iter*, mentre è impossibile avere il pieno usufrutto senza avere quello piccolo che si chiama uso.

E si noti la contraddizione in cui qui incorrono Zachariae e i suoi traduttori. Onde rendere plausibile l'idea, evidentemente falsa, che io posso ancora domandare *actum* o *viam* che comprende *iter*, quando *l'iter* mi è stato negato da una sentenza, i tre giureconsulti vogliono che *via* (e sarà il medesimo per *actus*) quand'anche comprenda *iter* si riguardi non come la riunione di due servitù che possono l'una dall'altra separarsi (il che è vero), ma come unica e indivisibile servitù, che essendo diversa da *iter* potrà domandarsi ed ottenersi dopo negato *l' iter*, ed espri-

mono così la loro regola « il proprietario cui fu negata una servitù può, rigettata la sua domanda, chiedere poi *una servitù di altra specie più ristretta ovvero più estesa* ». Ma allora siccome dopo rigettata la domanda di *iter*, potrei domandare la servitù diversa e più estesa *viam*, così rigettata la domanda di *via* potrei domandare la servitù diversa e più ristretta *iter*. Che diventa allora il vostro preteso principio, che il rigetto della domanda di un tutto renda inammessibile la domanda di ciascuna parte di esso? principio che Toullier applica specialmente a questa specie (n. 149), spiegando per disteso che non fatta buona la mia domanda di passare a piedi o con vettura; non posso più domandare di passare soltanto a piedi! Come spiegare siffatte incertezze e contraddizioni se non col bisogno di presentare in modo alquanto specioso un sistema che non può affatto sostenersi, e che il solo Toullier ha osato dare quasi in tutta la sua nudità?

Diciamo *quasi*, perchè si vede egli stesso ora fermarsi in faccia a talune conseguenze che prudentemente tace, ora esprimere tali conseguenze equivocando stranamente e uscendo senza accorgersene dal suo sistema. Così, sebbene egli stabilisca chiaramente i suoi pretesi principî, che « si oppone l'eccezione alle domande che riguardano qualche parte del tutto che era l'oggetto di una prima azione » ma che « questa eccezione non può opporsi a colui che domanda con una seconda azione un tutto di cui qualche parte era l'oggetto della prima (n. 155 in fine) » e sebbene egli deduca formalmente dal primo di cotesti pretesi principî, la necessaria conseguenza che colui che si fosse giudicato non aver dritto a 20,000 fr., non potrebbe nemmeno domandarne 10,000 (n. 148), non osa esprimere egualmente l'altra conseguenza pur necessaria del secondo principio, che colui che si è giudicato non aver dritto a 20,000 fr. potrebbe domandarne 40,000. —D'altra mano, se egli ha l'animo di dire che lasciato giudicare che io non sono proprietario dell'immobile A dipendente dal podere Corneliano, io posso domandare ed ottenere l'intiero podere insieme con tutto ciò che ne dipende, e far così giudicare la seconda volta che *io son proprietario* dell'immobile A (n. 155), egli lo fa perchè sente istintivamente il bisogno di colorire la sua strana soluzione e la colorisce infatti con dire che il fondo si dichiara allora appartenermi con altro titolo. Ma se lo attore trionfa con altro titolo, la eccezione della cosa giudicata non si applicherà perchè *non est eadem causa petendi*, e non perchè non è *eadem res*; mancherà la seconda condizione, *la identità della causa*, e non già la prima, *la identità dell'oggetto* che è quella di cui qui trattiamo.

Si rigettino, adùnque le idee che benchè ammesse esplicitamente o implicitamente da tutti i nostri scrittori (tranne la quasi contraddizione di Duranton) sono sempre contrarie alle regole della ragione e della giustizia. Se colui che si è giudicato di non aver dritto ad *alcuna parte* di un tutto, non ne può nulla più domandare, colui che si è soltanto giudicato non aver diritto al tutto può domandarne una parte; e viceversa, colui che si è giudicato non aver diritto a *quella parte di un tutto* può domandarne le altre parti, ma non già il tutto che comprende quella medesima parte. Abbandonati i pretesi principî che si son voluti cavare dagli assiomi *pars in toto*, *non totum in parte*, abbracciamo la sana regola che una domanda è contraria ad una cosa giudicata, in tutti i casi e solo in quelli in cui una decisione conforme alla domanda contraddirebbe la prima sentenza.

Per buona ventura ciò è stato fatto quasi per istinto dalla giurisprudenza; perchè oltre la citata decisione di annullamento dei 14 febbraro 1831, ne troviamo una dei 30 marzo 1837 che condanna la pretesa regola ammessa da tutti gli scrittori, cioè che colui che è rimasto perdente nella domanda del tutto non può più domandare alcuna parte di esso. Giova riferire la specie. La signora Sœhnèe a cui era stato vietato per contratto di acquisto del suo terreno posto fra la strada Richelieu e i giardini pro-

pri del venditore, di non fabbricare che sulla strada Richelieu, avea preteso quando la strada di Vivienne dovette passare fin dietro il suo terreno... che perciò spariva interamente la sua servitù non *aedificandi*, che essa aveva già *la piena libertà* del suo fondo, e poteva fabbricare sulla strada di Vivienne *tanto in altezza che in profondità*, e come le piacerebbe; la sua domanda fu rigettata da una decisione di Parigi degli 11 nov. 1833. Di poi la sig. Sœhnèe pretese che se non aveva il *dritto* di fabbricare in altezza, poteva almeno farlo *in profondità*, fabbricando sulla strada di Vivienne delle botteghe al livello del muro di chiusura, le si rispose che la *sua* novella pretensione era contraria alla cosa giudicata, poichè il dritto di fabbricare soltanto in profondità essendo una parte del dritto di fabbricare in profondità e in altezza, e la parte essendo compresa nel tutto, la nuova quistione era giudicata dalla prima decisione.

Egli allegava le leggi romane, Toullier, Duranton, ecc. Ciò non ostante la pretensione della sig. Sœhnée fu fatta buona tanto nel tribunale della Senna, che dalla Corte di appello di Parigi, e dalla Corte di cassazione (Dev., 37, 1, 80). E ciò ragionevolmente; perchè il dritto di innalzare qualunque fabbrica, e quello di fabbricare in profondità e non già in altezza non sono un medesimo oggetto. Non v'è ombra di contraddizione fra la decisione che giudica non aver il dritto di *fabbricare in profondità* ed *in altezza insieme*, e quella che decide poter fabbricare solo in profondità (1).

2. Della identità della causa.

VI.—Perchè una nuova domanda possa respingersi come cosa giudicata, è necessario non solo che versi sullo stesso oggetto, in secondo luogo (ed oltre la terza condizione che poi svolgeremo) che si fondi sulla medesima causa 1° *eadem res*; 2° *eadem causa petendi*. Ma che si intende mai per causa? La è quistione importantissima, ma assai difficile e trattata in generale in modo non molto soddisfacente.

La causa è il fondamento *immediato* del dritto che la parte vuole esercitare, è la base *immediata* della domanda; e quindi non bisogna confonderla o con le diverse circostanze che costituiscono le basi mediate, o i semplici *mezzi* che producono o giustificano la causa ultima (come spesso si è fatto), o col dritto stesso, che è *oggetto* della domanda (come han fatto gli antichi commentatori, e di recente anche

(1) Dalloz che nel dotto articolo — *Cosa giudicata* della sua nuova edizione, si accosta spesso alle nostre idee, e alle volte cita lunghi estratti del nostro comentario (*vedi* i nn. 107, 173, 198, ec.), qui è in aperta contraddizione con noi. Egli riprodotta la frase in cui porgiamo come *evidente* non esistere alcuna contraddizione fra le due indicate proposizioni ed essere diverso l'oggetto fra i due casi, risponde che *certissimamente* evvi contraddizione, e che l'identità dell'oggetto *è manifesta* (n. 173). — Per quanto queste parole ci sorprendano, pure non le discuteremo. Da ambe le parti una *idea* pretendesi evidente, ma l'evidenza non si discute nè si dimostra. Faremo solo due osservazioni. — L'una è, che se la prima decisione avesse negato all'attore *ogni sorta di dritto*, giudicando ch'egli non può fabbricare nè *in altezza*, nè *in profondità*, sarebbe una contraddizione il dirsi poi ch'egli può fabbricare *in profondità*. Ma non è questo il caso; una prima decisione statuisce che lo attore non ha il dritto *complesso e generale* di fabbricare in altezza e insieme in profondità. — L'altra riguarda il rimprovero fattoci da Dalloz, intorno al senso e all'intendimento dato alla decisione Sœhnèe, il qual rimprovero secondo lui è giustificato dalle spiegazioni del Consigliere relatore della decisione, sig. Lasagni. Il rimprovero mena al falso. La decisione non può aver due sensi, e il dotto rapporto di Lasagni, anzichè scostarsi dalle nostre idee, dichiara apertamente al par di noi, che affin di esservi cosa giudicata sulla domanda del *dritto speciale* (di fabbricare soltanto in profondità) sarebbe necessario che la prima decisione invece di respingere soltanto la domanda dello attore intorno al dritto *generale ed illimitato* (di fabbricare in profondità ed in altezza) avesse giudicato esser lui *senza alcun dritto* (senza che potesse fabbricare nè in altezza, nè in profondità). — Riguardo alla contraddizione ripetiamo di non potersi discutere. Si dee conoscere se sia impossibile che coesistano queste due idee: Pietro non può fabbricare in profondità ed in altezza; *egli può fabbricare soltanto in profondità*. Per noi è chiarissimo che sieno compatibili, e per Dalloz no; giudichi il lettore.

Bonnier e Poujol).

E primieramente, non vuolsi confondere la causa con gli elementi che la producono o giustificano ; nei quali si riconosceranno i principî del dritto domandato, e quindi le basi dell'azione con cui si domanda il dritto , ma sono basi lontane e mediate, cause della causa , cui la legge non potrebbe aver riguardo senza render perpetue le liti, e privare di ogni efficacia le decisioni giudiziarie. La causa è nella base ultima, nel principio *immediatamente* generatore che i Romani benissimo chiamavano *causam* PROXIMAM *actionis*. Così quando mi si è negato che si annullasse un atto notarile per un vizio di forma cavato dalla minore età di un testimone, non potrò un'altra volta impugnare quell' atto per un altro vizio di forma cavato da qualunque altra circostanza, p. e. dal non essere francese uno dei testimonî. In ciò concordano gli scrittori e le decisioni (1).

E in fatti la causa della mia prima domanda, cioè il suo motivo prossimo, la sua base *immediata*, non era il fatto della pretesa minore età del testimone, ma la irregolarità delle forme nell'atto. Che ho io chiesto? La nullità dell'atto notarile. Essa dunque era l'oggetto della mia domanda. — Perchè l'atto doveva dichiararsi nullo secondo io diceva? Perchè desso era irregolare nella sua forma. La idea generale della irregolarità delle forme era dunque il motivo prossimo della mia azione , la sua base immediata , la sua *causa*.—Ma perchè l'atto era vizioso nella sua forma? per la minore età di un testimone. Questo fatto speciale che risponde al secondo perchè, era dunque una causa della causa, in altri termini, una base mediata della domanda, un semplice *mezzo*. Ed ora nella mia seconda domanda, l' essere straniero uno dei testimonî o qualunque altra circostanza da me allegata, è pure la base più remota su cui si fonda la base immediata; ed essendo pur questa l'idea generale della *irregolarità delle forme*, ne segue che benchè diversi i mezzi, la causa è una nei due casi. Come ben si scorge dal fin qui detto, i mezzi sono pur causa, poichè concorrono a sostenere la domanda; e la causa è pure un mezzo essendo una, anzi la prima delle ragioni allegate in sostegno di quella. Siccome ben si è detto in fisica chiamarsi NUVOLA *il vapore* che s' innalza nell'aria; e NEBBIA *il vapore* che resta a fior di terra, così si può dire chiamarsi CAUSA il mezzo che determina immediatamente la domanda, e MEZZI le cause che sono più remote. Ma qui come sempre, dobbiam dare rigorosamente ad ogni cosa il suo nome proprio, e affin di non incorrere in una confusione pericolosa e comune, vuolsi intendere per causa la base immediata chiamando MEZZO tutte le altre.

Di leggieri si comprende che se non fatta buona la mia domanda di annullarsi una convenzione per errore, io ne domando poi l'annullamento per dolo o per violenza, o *viceversa*, essa sarà rigettata per l'autorità della cosa giudicata. In ambi i casi, in fatti, la base immediata, la causa della domanda è la stessa , cioè l' idea generale di essere vizioso il consenso dato (art. 1109 (1056)); e le circostanze speciali e diverse nei due casi, di errore, di violenza o dolo sono basi remote mediate, in altri termini cui la legge non riguarda.

Ciò basta per far comprendere quanto sia poca esatta la definizione della causa data dal professore Bonnier, il quale concorda con noi pei risultamenti, dicendo non essere « la base generale dell'azione, ma la causa speciale (num. 689) ». Al contrario nella base generale e comune alle diverse azioni noi troviamo la loro causa , e nella base speciale di ciascheduna un mezzo. Non bisogna dunque determinare la causa distinguendo le basi in *generali* e *speciali*, ma distinguendole in *mediate* e *immediate*.

Cotesta regola fondamentale non può ben comprendersi senza precise spiegazioni, e

(1) Toullier (X-166); Bonnier (n. 690); Zachariae (V, p 786) ; Colmar, 17 luglio 1816; Rig., 3 febbraro 1818; Cassaz., 29 gennaro 1822; Aix, 30 dicembre 1833; Rig., 24 febbraro 1835 (Dev., 35, 1, 179).

deve far meraviglia che Duranton ne abbia fatto a meno indicando soltanto anche sommariamente, ciò che s'intende per *causa della domanda*. (*Vedi* t. XIII, numero 472).

Ed è tanto più difficile a comprendersi, quanto a primo aspetto pare poco naturale ed equa. Infatti sembra duro che colui cui non si è fatta buona la domanda di nullità di un atto per essere irregolare in una delle forme, non possa più far valere la irregolarità di un' altra forma affatto diversa della prima, e che sia respinto dall'autorità della *cosa giudicata*, trattandosi di un punto che nella sua prima azione non era stato sottoposto al giudice, e a cui non avevano *pur* pensato nè il giudice nè egli stesso.

È il medesimo di colui che dopo aver perduto, allegando il suo errore, vuol far valere un dolo di cui non si è punto trattato nella sua prima domanda, un dolo che egli stesso forse non conosceva, e che *ha conosciuto poi!* Come mai la ragione, l'equità e l'esattezza stessa del linguaggio posson fare dire in questi e in altri simiglianti casi che la quistione è giudicata?

La regola si spiega col sagrificio sempre necessario dello interesse particolare all'*interesse* generale. Se si potesse qui riguardare altro che la base prossima e immediata, avrebbe dovuto tenersi ragione non solo della base che precede immediatamente quella e che è la seconda in salire, ma pur dell'altra che precede la seconda, e così via risalendo fino alle cause più remote perchè l'obbiezione che ci abbiam fatto per la causa del secondo grado, può farsi per quelle di un grado più in là.

Permettendo nuove discussioni per tutte le cause nuove per remote che siano, cioè *per tutti i* nuovi mezzi, si sarebbero eternati *i litigi*, come abbiam detto, ridotte le decisioni giudiciarie ad esser sempre provvisorie e distrutta l'autorità della cosa giudicata. Dunque per quanto molesta possa essere la conseguenza in questo o quel caso per le parti, non si doveva tener conto che della *causa* propriamente detta e prossima, fatta astrazione dei semplici *mezzi* o cause remote. Spetta a colui che fa una domanda d'indagare tutte le circostanze rilevanti che si riattaccano alla causa prossima; acciocchè nulla trascuri di ciò che può essere decisivo.

Giustificata la regola riguardo all'equità, si giustifica facilmente per la esattezza dei termini. Perchè ammessa, come costitutiva della *quistione* giudiciaria la sola causa prossima della domanda, esattamente si dirà che la *quistione* è giudicata, ogni qualvolta la discussione sarà troncata rispetto alla causa prossima. Così nel primo esempio sopraccitato non si potrebbe dire la seconda quistione giudicata dalla prima sentenza, se la formola di essa doveva comprendere la indicazione della causa remota. Si direbbe essersi giudicato *se l' atto è nullo per vizio di forma risultante dalla minore età d'un testimone*, e non già se *vi fosse nullità* per vizio *di forma risultante dall' essere uno dei testimoni straniero*. Ma essendovi un altro elemento, posta così la quistione, perchè la formola legale che respinge qualunque altra base che la causa immediata, si restringe a questo: *evvi nullità per vizio* di forma? senza riguardare il perchè del vizio (perchè ciò menerebbe ad una base mediata), la quistione è la stessa nei due affari ed è stata giudicata.

Adunque non altro deve qui riguardarsi che la base immediata. Ma non essendo la base immediata la medesima nelle due domande, non v'è più cosa giudicata, ed è ammessibile la nuova domanda. Così quando non si è fatta buona una domanda, onde annullarsi una convenzione per vizio di consenso (per errore, dolo o violenza), si potrà domandare nuovamente di annullarsi per incapacità (per lo stato di interdizione, o per mancanza di autorizzazione se è una donna maritata). Imperocchè, sebbene vi sia qui analogia fra le cause delle due domande, pure sono elle distinte, l'una, il consenso vizioso, regolata dagli art. 1109 (1063) e seguenti presenta la mancanza *della prima* delle quattro condizioni richieste, onde esser validi

i contratti nell'art. 1108 (1062); mentre l'altra (la mancanza di attitudine legale ad obbligarsi) regolata dagli art. 1123, 1125 (1077, 1079) è la mancanza *della seconda* delle condizioni. Così pure si è dirittamente giudicato, che colui che aveva prima domandato di far dichiarare inefficace il testamento di un Francese naturalizzato in paese straniero senza autorizzazione, perchè secondo il decreto del 1811 i beni di tal Francese erano già confiscati, per il fatto della sua naturalizzazione, poteva dopo aver perduto in quella domanda (perchè la confisca fu abolita dalla Carta del 1814) far valere contro quel testamento una nullità cavata dall'essere il testatore incapace di testare, essendo privo dei suoi dritti civili in forza di quel decreto. Infatti l'oggetto delle due successive domande, la nullità del testamento, non era in ambi i casi domandata per la medesima causa : nel primo erane causa la supposta mancanza nel testatore del titolo di proprietario dei beni; nell'altro la sua incapacità personale. La diversità di causa s'incontrava dunque sin dal primo grado nella base prossima senza risalire più in là (1).

VII. — Cotesta condizione della identità della causa era in generale, come abbiam detto, presentata dagli scrittori in modo non molto soddisfacente. Se gli uni in fatti , massime Duranton, non si curano di definire ciò che s'intende per causa, gli altri svolgendo più o meno esattamente la regola , non la giustificano affatto , non la spiegano moralmente, per così dire, rispondendo all'obbiezione di iniquità per cui non tanto ben si comprende.

Però non può ciò imputarsi ad un solo scrittore per quanto noi sappiamo da Bonnier, il quale sebbene abbia presentato il principio della identità della causa, ed anche quella dell'identità dell'oggetto in modo incompleto e molto ristretto (p. 638, 643), almeno ha cercato di determinare ed anche di giustificare la regola, ma gli sforzi di lui non furono felici; non si potrebbe immaginare nulla di più curioso della sua spiegazione.

« La causa di cui vuol parlare la legge, dice Bonnier, *non è la base generale dell'azione*, p. e. se la controversia è intorno ad un testamento, *la nullità di esso, ma la causa speciale* per cui s'impugna. Ma non deve andarsi troppo in là in questa via, e *confondere* con la *causa* della domanda i *mezzi* usati per giustificare l'esistenza di quella causa, altrimenti i litigi non finirebbero mai. La giurisprudenza è qui fra *due scogli*; non si deve nè *risalire alla causa più remota* della domanda cotalchè si facciano giudicare punti diversi da quello giudicato, *nè riguardare come altrettante cause diverse i mezzi* particolari che possono proporsi in sostegno delle conclusioni, per modo che si moltiplichino senza fine i litigi » (nn. 689, 690).

È questa in sostanza la spiegazione di Bonnier. A quali *due* scogli accenna lo scrittore; quali sono i *due* pericoli che egli oppone l'uno all'altro? Secondo lui, il primo pericolo sarebbe di *risalire alla causa piu remota*, mentre ci dobbiamo firmare alla causa prossima; il secondo *di riguardare i mezzi come causa*. Ma *prendere un semplice mezzo per la causa* vale appunto risalire ad una causa più remota invece di fermarsi alla causa prossima; cosicchè i *due* scogli opposti da Bonnier come uno estremo all'estremo contrario, sono il solo e medesimo scoglio. Così p. e. se un tribunale, rigettata la mia domanda di nullità di un contratto perchè il consenso era viziato da errore, ammettesse a torto la mia domanda di nullità del medesimo contratto per causa di violenza, e ne ammettesse un'altra dopo una seconda perdita, perchè il consenso fosse vizioso per effetto di dolo, *sarebbe da una parte riguardare l'errore*, *la violenza* , *il dolo*, che sono mezzi onde provare che il consenso è vizioso, *come altrettante cause diverse* e perciò stesso *moltiplicare senza fine* i litigi; ma sarebbe altresì, d'altra mano, risalire in ciascuno affare alla *causa più remota* invece di fermarsi alla prossima. Bon-

(1) Pau, 19 marzo 1834 (Devill. e Car., 34, II, 441).

nier sebbene qui accenni a due pericoli, e due realmente ne esistano, indica soltanto quello di prendere una circostanza, che produce e giustifica la causa per la medesima causa, di prendere una *causa remota* per la *causa prossima.*

Del pari che quest' ultima frase, non si può far buona nemmeno la prima, quella cioè che dà la pretesa definizione della causa. « La causa di cui vuol parlare la legge, egli dice, non è la base *generale* dell' azione, ma la causa *speciale* ». Errore.

Quando io voglio intentare successivamente tre azioni di nullità di un contratto per vizio del consenso sostenendo prima esservi stato dolo, poi violenza, e poi errore, la base generale delle azioni, la causa comune a tutte e tre si è la invalidità del consenso; la causa speciale di ciascheduna, l'errore, la violenza, il dolo. Or dovendoci attenere qui alla causa speciale essendo ella diversa nei tre casi dovrebbero ammettersi le mie tre azioni, e al contrario Bonnier insegna al par di noi « che un contratto impugnato vanamente per causa di dolo, non può esserlo più per causa di violenza o di errore » perchè nei tre casi la causa quale è intesa dalla legge, egli dice, è il vizio del consenso. Ma appunto questo vizio del consenso è la base generale e comune delle tre azioni. Similmente, quando io successivamente domando la nullità di un testamento, prima per vizio di forma, che risulta dalla minore età di un testimone, poi per altro vizio che risulta dall'essere non Francese un testimone, e poi per un altro vizio che risulta da un'altra causa; secondo la supposta regola, le mie azioni sono da ammettersi, e non vi è cosa giudicata, poichè la causa speciale a cui si deve stare, è diversa nei tre casi. Eppure Bonnier dice anche qui come noi, che e non ostante sia diversa la quistione *speciale*, io devo esser dichiarato inammessibile perchè la causa quale è intesa dalla legge, è la *mancanza di forme* IN GENERALE, e non quel vizio di forme speciali. La regola presentata da Bonnier, e da noi censurata così di volo, è appunto contraria al vero, e Bonnier medesimo la distrugge coi suoi esempî poichè l' ha stabilita (1).

VIII.—Abbiam detto, che se non dee confondersi *la causa* propriamente detta (cioè la causa prossima) colle diverse circostanze che la producono e la pruovano (cioè colle cause remote), non deve nemmeno confondersi coll'*oggetto*. Quest' ultimo scoglio, per quanto sembra offrire poco imbarazzo, merita pure talune osservazioni; avvegnachè qualche scrittore, ed anche dei recenti vi si sono impigliati. Poujol (n. 24) indica, come se fosse tutt'una *la causa* di una domanda, e *il fine* di essa; poi (n. 25, § 2) presenta la proprietà che è oggetto d'una rivendica, e il dritto di uso dimandato in un'altra azione, come le *cause* delle due domande. Egli incorre pure in questo madornale errore, e da ciò derivano le sue spiegazioni or false, ora inintelligibili, che noi abbiamo notato.

Facciamo pertanto un' esatta analisi intorno a questo punto. Se lungheggeremo nei nostri sviluppi, vi saremo astretti dal bisogno impostoci dai notati errori.

Siccome la mente, volendo conoscere *la causa*, il fondamento, d' una domanda giudiziaria, può trovare varî elementi, che tutti ritiene come cause, così potrà alle

(1) Facciam dire a Bonnier che in questi due esempî la causa quale è intesa dalla legge è per l'uno il *vizio del consenso*, e per l'altro *la mancanza delle forme*. In ciò noi mutiamo la maniera onde l'onorevole professore si è espresso, ma per renderla più esatta. Le due proposizioni di Bonnier sono: « La causa della mia domanda non era un vizio speciale di forme, ma la NULLITA' *per mancanza di forme* » e più in là: « La causa della mia domanda era la RESCISSIONE *per vizio del consenso.* » Or la rescissione del contratto in un caso, come la nullità del testamento nell'altro non sono punto *le cause* delle domande, ma invece gli *oggetti*. La mia azione tende proprio alla rescissione, l' annullamento, dunque ne è l'*oggetto*, ma la ragione su cui io fondo la domanda, il motivo legale, la *causa* in somma è il *vizio del consenso* in un caso, la *mancanza delle forme* nell' altro. Come mai i giovani potranno avere diritte idee se coloro che insegnano ne hanno di così storte? Vedremo che da siffatta strana confusione della causa con l' oggetto deriva la gravissima inesattezza delle spiegazioni date su tal materia da Bonnier.

volte trovare anche varî elementi, se cercherà l'*oggetto* della medesima domanda, permodochè, siccome possono esservi parecchie causè in una sola domanda, che son conseguenze le une delle altre (*all'ultima* sola delle quali deve aversi riguardo), così possono esservi più oggetti, che sieno anche conseguenze gli uni degli altri. Per grazia di esempio, volendo fare annullare, per cagione di violenza, la vendita della mia casa, come cercando la *causa* della mia azione si trovano due cose, cioè la violenza praticata verso di me, e poi il vizio del consenso prodotto da quella, così cercando l'*oggetto* dell' azione, si trovano pure due cose, cioè, l'annullamento della vendita, e il ricuperamento della casa venduta, dimodochè se, da una mano, sopra la causa prossima e immediata, altra ve n'è più remota e mediata, da cui la prima si ingenera, evvi pure oltre l'oggetto diretto ed immediato, un altro mediato e più remoto che dal primo deriva. Dunque due cause e due oggetti, ossia quattro cose. Secondo i casi potrebbero esser dippiù; ma l'esempio nostro ne porge quattro. Si noti infatti, che se due soltanto dei quattro elementi son cause rispetto all'azione, tutti sotto altro riguardo son causa, cioè rispetto all'elemento che s'ingenera da esso. Quindi la violenza è la causa che produce la invalidità del mio consenso, questa è la causa che produce (purchè dichiarata dal giudice) l'annullamento della vendita, il quale è la causa che produce il ricuperamento della cosa, facendo risorgere il mio diritto di proprietà.

Così, quando gli elementi più o meno varî si riguardano non più in rapporto alla domanda, ma in rapporto fra loro, tutti, eccettone l'ultimo (che dev'essere effetto) sono *una causa* del seguente. Così la rescissione per il contratto di vendita è *una causa*, riguardo al dritto di ricuperare la cosa venduta, ma è solo l'*oggetto* riguardo alla domanda che mira alla rescissione; la nullità dichiarata di un testamento è una causa rispetto al dritto che ha il legittimo erede di prendere i beni legati ma ne è l'*oggetto* riguardo all'azione per cui si vuol fare dichiarare la nullità. Or perchè uno degli elementi possa essere *causa* ed *oggetto*, secondo l'aspetto sotto cui si riguardi, e secondo la cosa in riguardo alla quale si considera, alcuni ingannandosi, e passando, senza pure accorgersene, da un aspetto all'altro, han detto, che l'oggetto immediato quando è seguito di un oggetto mediato che ne è conseguenza, è una causa della domanda! Senza dubbio è una causa dell'oggetto mediato e più remoto, ma non mai una causa della domanda.

Bonnier, non avendo ben compreso coteste idee, dice (n. 690) che la domanda, con cui io voglio fare annullare un testamento, ha per causa la *nullità* di esso, e che quella con cui si vuol fare annullare un contratto, la *rescissione* di esso; poi al n. 720 (*Vedi* più giù la nota del n. XV) che *la causa* dell'azione criminale è l'applicazione d' una pena. Da ciò parimente derivano le proposizioni false e contraddittorie che formano la sostanza della sua dottrina intorno alla identità della causa. Così dicendo (n. 689) che per causa bisogna intendere non la *base generale* dell'azione, per esempio, egli dice, *la nullità del testamento*, ma la causa speciale per cui il testamento s'impugna, ben si scorge dall'esempio, che per base generale egli intende l'oggetto immediato della domanda; cosicchè se si enunciasse esattamente la sua dottrina, egli vorrebbe non doversi prendere per causa dell'azione l'oggetto di essa. E quando, dopo aver detto (nel seguente numero) che viceversa non devono nemmeno prendersi per la causa i semplici mezzi, aggiunge infine doversi schivare i due scogli, e non cadere in nessuno degli estremi, sembra evidente che egli intenda riassumere le due idee correlative che ha dianzi spiegato, e che la sua frase debba così intendersi: non deve prendersi l'oggetto per la causa, nè riguardare i mezzi come cause (1).

Riepilogando i nn. VI, VII ed VIII, di-

(1) Ma perchè Bonnier considerando a torto l'oggetto immediato della domanda come una delle

ciamo, la causa che dev' essere la stessa nelle due domande, perchè si respinga come giudicata la seconda, è il principio che ingenera immediatamente il dritto che una parte vuole esercitare, e l' altra le contende; se il dritto che forma l'oggetto della domanda costa di varî elementi, il più prossimo è solo la causa del dritto e della domanda, e gli altri principî generanti, che diconsi mezzi, non sono la causa, non meno che l'avo e il bisavo non mi sono padri. Non bisogna nemmeno, essendo varî gli oggetti, e derivando l'uno dall'altro, confondere la causa col primo di essi; perocchè se è causa rispetto agli oggetti più remoti, non potrebbe esserlo rispetto alla domanda.

Quindi, da una mano, non si deve risalire ai mezzi, ma dall' altra non si deve discendere allo oggetto — Del resto, l'oggetto si trova nella risposta alla seguente quistione: Che chiede l'attore? e la causa si trova nella risposta a quest'altra: Su di che cosa l'attore fonda egli immediatamente la sua domanda?

IX. — A questi sviluppi che ci son paruti necessarî onde ben comprendere la condizione della identità di causa, aggiungeremo altre due osservazioni pria di venire alla identità delle persone.

La prima è, che non havvi alcuna eccezione al principio di non potersi respingere una seconda domanda con l'autorità della cosa giudicata quando diversa ne è la causa.

E primieramente, si applica alle domande reali ed alle personali. Così rimasto succombente nella rivendica dell'immobile A, che io pretendeva essermi stato assegnato in un testamento, deve accogliersi una mia nuova domanda di rivendica se è fondata sopra un altro testamento; poichè essendo il medesimo l' oggetto delle due domande, cioè la proprietà dell' immobile A, diversa ne è la causa, cioè il titolo di acquisto (1). Non era così in Roma, almeno quando l'azione reale era stata fatta senza esprimersi specialmente la causa: cioè il titolo di acquisto (Dig., lib. 44, tit. II, XIV, § 2). Ma siccome da noi la citazione deve contenere a pena di nullità la esposizione dei motivi e quindi la indicazione della causa allegata (art. 61 (153), Cod. di procedura), non può avvenire quel caso; e ove pure avvenisse perchè l'avversario non avrebbe fatto dichiarar nulla la citazione, noi stimiamo, come Bonnier (n. 687) contro la sentenza di Zachariae (V, p. 792), che per doversi accogliere la seconda domanda fondata sopra altra causa, basterebbe la indicazione della prima fornita dai motivi della prima sentenza. Infatti ben ragionevolmente senza alcuna distinzione nè restringimento si riconosce l'autorità della cosa giudicata solo per la seconda domanda che è al pari della prima fondata sulla medesima causa; dunque la mia nuova domanda deve accogliersi, ove io provi con qualunque siasi mezzo che si fonda sopra una causa diversa dall'antica. Deve pure applicarsi, chechè ne dica Toullier secondo la legge romana (X, 169), e quando le due cause di domanda successivamente allegate, esistevano ambedue nella persona dell'attore al tempo della prima azione, e quando la seconda

cause di essa (mentre è causa per l' oggetto mediato) ne fa egli una causa *generale* riserbando alla causa vera il nome di *causa speciale*? Perchè volendo opporre al pericolo di prendere per la causa un semplice mezzo, l'altro pericolo di prendere per causa l'oggetto immediato, esprime quest'ultima idea con le parole RISALIRE alla causa più remota? Ciò non sapremmo nè spiegare, nè comprendere. La inesattezza di tale ultima espressione è tanto più bizzarra, che non si sale ma si discende quando si viene fino all'oggetto d'una domanda, dovendosi arrestare alla sua causa; dappoichè, siccome i semplici mezzi o le cause mediate sono al di sopra della causa prossima, dacchè la ingenerano, così l'oggetto è al di sotto della causa prossima dacchè ne è ingenerato. La rescissione che io chiedo di quel contratto è *la conseguenza* del vizio del consenso che forma la causa della mia azione; la nullità che io chiedo di quel testamento, è *la conseguenza* della mancanza di forma che costituisce la causa della mia azione. Or quando mai si è *risalito* da un principio alla sua conseguenza? Come spiegarsi questa serie di inesattezze? (vedi pure la nota del n. XV infra).

(1) Bordeaux, 14 maggio 1839; Montpellier, 13 febbr. 1841; Rig., 3 maggio 1841 (Dev., 41, I, 720 e II, 213).

ha cominciato ad esistere dopo rigettata la prima. Così vendendosi da Pietro lo stesso immobile, a mio padre nel 1840, e poi a me nel 1841; divenuto io erede di mio padre nel 1842, scorso qualche tempo ho richiesto da Pietro il rilascio dell'immobile per la vendita fatta a me nel 1841; succombendo in questa azione potrei intentarne un'altra per la vendita fatta a mio padre nel 1840. La causa della seconda azione non è quella della prima; diversa è la quistione che si mette innanzi nel secondo litigio, e non vi è affatto cosa giudicata. Si è dichiarata inefficace la vendita del 1841, ma nulla si è giudicato intorno a quella del 1840.

Perchè dunque non dovrebbe accogliersi la mia domanda? Dice Toullier, perchè riunitisi il dritto e le azioni di mio padre ai miei e costituendo un solo patrimonio, le due azioni che derivavano primamente dalle due vendite, *ne formano ora una sola*. La conseguenza non può essere più falsa; formando un sol patrimonio quello di mio padre e il mio, ne segue che le due azioni sono ora in un medesimo patrimonio anzichè in due, ed appartengono ad una medesima persona anzichè a due; quindi risulta dall'accettazione dell'eredità che le due azioni appartengono alla medesima persona, ma non già che una di essa sia assorbita dall'altra e ne formano una sola: son sempre due azioni simiglianti ma distinte, essendovi due cause d'azione, due vendite. L'assorbimento non potrebbe ammettersi, se invece di supporre due titoli di acquisto simiglianti, se ne suppongano due diversi, una donazione, una vendita, l'azione *ex empto* e l'azione *ex donato* non possono diventare una sola e medesima. Se fosse vero l'assorbimento, bisognerebbe dire nel caso preveduto dal medesimo Toullier in cui mio padre ed io, ciascuno per sè avremmo pagato in contanti, e supposto che le vendite fossero dichiarate entrambe nulle, che le due azioni per ripetere il prezzo indebitamente pagato e che mirano ciascuna a ripetere 25,000 fr. debbano mirare ad aver quella somma, una sola volta per modo che io potrei solo ripetere 25,000 anzichè 50,000. Non posso io sempre al contrario, riunire i dritti di mio padre ai miei, far da me solo ciò che avrebbe potuto farsi separatamente da mio padre e da me, e quindi far valere o con una sola azione o con due successive o i due crediti di 25,000 franchi ovvero un credito di 50,000; prima una rivendica o poi un'altra, prima con uno dei contratti, e poi con l'altro dopo essere rimasto succombente riguardo al primo.

Perchè dunque non si dovrebbe accogliere la mia seconda domanda? Forse perchè potendo io disporre di due azioni quando ne ho intentato una, le abbia dovuto far valere insieme e perchè mi si applicherebbe la pretesa regola, che scelta prima una delle azioni, non si può più ricorrere ad un'altra *electa una via non datur recursus ad alteram!* No (1), perchè Toullier medesimo confuta largamente e tanto che basti (n. 170, 193), questo chimerico principio ch'è un altro errore da notare nella materia della cosa giudicata in cui hanno avuto credito molti errori. Toullier nelle trentadue pagine nelle quali censura il preteso assioma, prova contro gli antichi comentatori, contro il presidente Fabro e Merlin, che quel principio, contrario e alle regole della ragione e ai principi del dritto, è una di quelle aberrazioni mantenute da una cieca pratica; che la scelta di un'azione purchè più sicura delle altre non potrebbe togliere che si sperimentino poi le altre; una seconda azione potrebbe esser solo impedita dallo esercizio della prima coi principi della cosa giudicata, e quindi l'assioma *electa una via non datur recursus ad alteram* diventa vera, se vi si aggiunga *nisi ex alia causa*. Or essendo qui la causa della seconda azione diversa dalla prima, poichè l'una è

(1) Vedi intorno a questa pretesa massima la singolare decisione colla quale le camere riunite della Corte di cassazione ammisero l'azione correzionale, avverso un contraffattore, posciachè questi era stato citato innanzi il tribunale di commercio per pagare una somma stipulata a titolo di clausola penale caso mai avesse contraffatto. Cass., 10 giugno 1854 e 7 maggio 1852 (J. P., 1852, t. II, p. 383, e 1854, t. II, p. 118).

la vendita fatta a mio padre nel 1840, e l'altra la vendita fatta a me stesso nel 1841, deve dunque accogliersi la mia seconda azione.

Seconda ed ultima osservazione. Se la nuova domanda deve ammettersi, essendo diversa la causa, deve viceversa respingersi, essendo una la causa, quand'anche derivi da una azione diversa.—Così colui che è succombente nell'azione di petizione di eredità per una metà di quel patrimonio, non potrebbe far poi la medesima domanda per la stessa metà con la semplice azione di divisione; perchè egli domanda il medesimo oggetto per una medesima causa, che è il suo *preteso* titolo di erede.—Così pure un venditore di effetti mobili, cui si è negata la rivendica che egli avea intentato per non essersi pagato il prezzo, non potrebbe sperimentare un'altra azione per risolversi la vendita per lo stesso motivo (1).

In vero, perchè vi sia cosa giudicata non ci vogliono già quattro condizioni, ma tre. Non è bisogno che siavi simiglianza di azione oltre a che l'oggetto, la causa e le persone siano identiche; ed essendovi medesimezza di oggetto e di causa (ed anche di persone), la nuova domanda non può ammettersi, come al contrario lo si deve, quando e per ciò solo che la causa è diversa.

X. Dell'identità delle parti.

X.—Oltre l'identità di oggetto e di causa, che han richiesto sì larghi sviluppi, ci vuole ancora, onde cosa giudicata vi sia, che la nuova domanda si faccia fra le medesime persone che agiscono con la medesima qualità: 1ª *eadem res*; 2ª *eadem causa*; 3ª *eadem conditio personarum*. Abbiamo visto in fatti sotto l'art. 5 (3), n° II, che le sentenze, a differenza delle leggi, sono *efficaci* specialmente e per le persone fra cui *la* sentenza è pronunziata, e per le cose che riguardano; nè legano se non le parti in causa : *res inter alios judicata aliis non nocet nec prodest*.

Perchè le persone siano giuridicamente le medesime, ci vogliono, ed è ben ragionevole, due cose: 1° che le parti siano le medesime , cioè che quelle fra cui è il nuovo litigio, abbiano figurato nel primo ; 2.° che le parti agiscano pure secondo le qualità con le quali agivano la prima volta. Detto alcuna cosa intorno alla seconda idea, esaminiamo più liberamente la prima, *che offre* maggiori particolarità.

Non basta che la persona che figura oggi nella seconda lite abbia figurato nella prima , bisogna anche che ella vi figuri con la medesima qualità; in altri termini, non basta la identità fisica, ma ci vuole quella giuridica legale. Esercitata per conto mio la rivendica di un immobile e rimasto succombente, se voglio poi intentarla come tutore di un minore o di un interdetto, ovvero come mandatario o gestore di una persona, ben si scorge che l'attore è sempre il medesimo fisicamente, ma non già legalmente parlando. Nel primo caso l'attore era io stesso , nel secondo il pupillo, l'interdetto o qualunque altro di cui sono il mandatario, lo strumento per così dire: non son più io , ma è un altro che domanda per mezzo mio. Sarà lo stesso nelle reciproche ipotesi.

Ma l'identità giuridica della persona può anche venir meno per la diversità delle qualità, sebbene agisca nei due casi sempre per sè; cioè quando alcuno figura nella seconda causa come erede di un altro, a cui non era per anco succeduto al tempo della prima causa. La cosa giudicata per lui o contro di lui, quando non era erede, non toglierà che come erede, egli non possa nuovamente agire, ovvero essere perseguitato; dappoichè non vi è *eadem conditio personarum*, e uno dei litiganti, rispetto ai dritti e alle obbligazioni che gli appar-

(1) Orléans, 18 aprile 1835 ; Rig., 19 ap. 1836 (Dev. e Car., 37, 1, 42. —Vedi pure nel medesimo senso, Poitiers, 4 aprile 1854 (J. P., 1854, t. 1, p. 534).

tengono, non è più la medesima persona giuridica di prima.

Ecco un caso giudicato dalla Corte Suprema nell'anno 7. Un signore Lostanges erede di sua madre, ma che avea rinunziato alla successione paterna, rivendicò innanzi il parlamento di Tolosa, contro un Signor Bessieres, un podere appartenente a sua madre, venduto indebitamente da suo padre. Ma poi Lostanges, deliberatosi di accettare la successione paterna prima rinunziata, fu sfidato da Bessieres a restituire il podere come tenuto alle obbligazioni del venditore. Lostanges sostenendo che il suo avversario doveva essere respinto dalla cosa giudicata, vide prima accolta la sua domanda; ma fattosene ricorso, il tribunale di cassazione annullò la sentenza, perchè le parti non avevano più la medesima qualità che al tempo della decisione di Tolosa. Infatti, se è vero che la pretensione di Bessieres avea in ambi i casi il medesimo oggetto, cioè la proprietà del podere, ed anche la medesima causa, cioè la vendita fatta da Lostanges padre, essa non si discuteva fra le due persone aventi la medesima condizione, dacchè Lostanges, estraneo al tempo della prima lite alle obbligazioni del padre, vi si trovava sottoposto al tempo della seconda per l'accettazione dell'eredità.

Si scorge dallo esempio, che il procedere la persona or come erede di un tale, or come erede di un altro può impedire l'autorità della cosa giudicata, perchè la persona non sia giuridicamente la stessa, quantunque poi vi sia identità di oggetto e di causa. Ma spesso anche tal circostanza farà venir meno l'identità di causa o l'identità di oggetto. Eccone un esempio che crediamo utile riferire.

Il conte d'Albert e il Presidente d'Albert fratelli, nell'anno 3, avevano fatto col comune di Mondragone una transazione, con cui gli abbandonavano alcuni beni. Nel 1823 i figli del conte ottennero dalla Corte di Nimes una decisione che, dichiarando nulla la transazione, li reintegrava nei beni ceduti dal padre. Dipoi essi, divenuti eredi dello zio, il Presidente, domandarono la parte dei beni ceduta da costui nella medesima transazione; e volendo la comune rimettere in campo la quistione, sostennero esservi cosa giudicata. Ma la Corte di Nimes rigettò questo mezzo d'inammessibilità ai 25 novembre 1836, e fattosene ricorso, la decisione fu conservata, perchè le due istanze del 1823 e 1836, riguardavano due diverse porzioni del podere domandate dagli attori, l'una come eredi del conte, loro padre, l'altra come eredi del Presidente, loro zio; cotalchè non vi era nè identità di oggetto nè identità giuridica delle parti, e sotto questo doppio aspetto non vi era cosa giudicata (1).

Adunque l'essere diverse le qualità con cui procede un individuo, può renderlo una distinta persona giuridica, e può anche render distinto l'oggetto, e più spesso la causa. Questo ci mena a sciogliere un punto controverso fra Toullier e Zachariae.—Il primo (X, 214, 215) insegna che la diversità delle qualità derivante da una accettazione d'eredità, faccia venir meno l'autorità della cosa giudicata, quando la qualità con cui si propone la seconda domanda fosse nota per l'accettazione di eredità dopo la prima, e non già quando le due qualità esistevano al tempo della prima domanda. Zachariae (V, n. 780) sostiene al contrario non esser necessaria tal condizione, nè esservi mai cosa giudicata quando una persona si presenterebbe prima come erede di uno, e poi come erede di un altro, quantunque fosse erede di entrambi, al tempo della prima lite. La quistione si risolve con la distinzione che esce da ciò che noi abbiamo sopra detto.

Se la qualità usata nella seconda causa, e di cui non si era parlato nella prima, può solo impedire l'autorità della cosa giudicata, perchè le parti non sono le medesime (essendo necessariamente lo stesso l'oggetto e la causa), come nello affare Lostanges, sarà vero, come dice Toullier, che l'effetto si produrrà in quanto la qua-

(1) Cass., 7 mess. anno 7; Rig., 3 maggio 1841 (Dev. e Car. 1, I, 216; 41, I, 391).

lità sarà nata dopo la prima domanda. Invano si vorrebbe sostenere che un individuo non ha figurato in una prima lite che *proprio nomine* o come erede di sua madre, e nella seconda agisce come erede di suo padre o di altro, quando fin dalla prima causa era erede di entrambi. Avendo ormai accettato le eredità di vostra madre, di vostro padre e di vostro zio, non è più in voi nè in altri il fare che i dritti attivi e passivi di quelle tre persone non *sieno vostri propri diritti:* qualunque domanda messa in campo da voi o per un dritto che vi derivi da questa o da quella eredità , ovvero per un dritto già vostro prima di accettare alcuna eredità, è sempre proposta *proprio nomine* , giacchè i tre patrimonî raccolti sono le parti integranti del solo e medesimo vostro patrimonio. Come si potrebbe mai dire nel vostro interesse o contro di voi , che nella seconda causa voi non avete la medesima qualità che nella prima , quando nessuna altra nuova qualità avete acquistato nell'intervallo, ed eravate sin dalla prima causa erede delle tre persone ? Come si direbbe non esservi *eadem conditio personarum*, quando la condizione delle parti non è stata per nulla modificata ? Il non aver parlato di una tal qualità non fa che non si abbia; non aver riguardata la vostra condizione sotto il rapporto con cui oggi si vuol vedere, non fa che dessa sia mutata. Dunque solo quando dopo la prima domanda avete assunto la qualità di erede con cui agite nella seconda causa, cesserà *per non esservi identità giuridica delle persone* l' autorità della cosa giudicata. In questa prima ipotesi adunque Toullier ha ragione e torto Zachariae.

Ma se nella seconda causa si assume una qualità, di cui non si era parlato nella prima, e con cui si tende a dare una causa novella ovvero anche un novello oggetto, come nello affare d' Albert , non importa allora che la qualità esistesse al tempo della prima causa , e per conseguenza la nuova causa o l'oggetto novello avessero potuto figurarvi. L'aver potuto far valere la causa o domandar l'oggetto non toglie che ciò non si sia fatto, e quindi vi è nuova causa o nuovo oggetto. Non vi è pertanto cosa giudicata, ed erra a sua volta Toullier, quando rimandandoci al suo numero 169, di cui confutammo la soluzione al n. VII, insegna non doversi mai ammettere la seconda domanda assolutamente, per ciò che la qualità con cui si proponeva esistesse già al tempo della prima. L'autorità della cosa giudicata non cesserà allora, perchè non vi fosse identità di parti, ma perchè non vi fosse identità di causa, ovvero di oggetto.

Le due ipotesi son diverse, dipendendo dalla volontà del litigante di domandare o no il tale oggetto e fondare la sua domanda sopra questa o quell'altra causa , mentre non è in lui, nè nel suo avversario il mutare il vero delle cose.

XI.—Siccome una persona, agendo in una seconda causa, dee alle volte riguardarsi come non più la medesima, benchè abbia agito nella prima ; così viceversa , dovrà spesso dichiararsi la medesima, quantunque non abbia sostenuta la prima domanda; cioè, siccome le persone possono essere giuridicamente diverse , non ostante la medesimezza fisica, così possono essere giuridicamente le medesime, non ostante la diversità fisica. In altri termini, io posso in una istanza essere rappresentato da chi allora agiva per me , e che legalmente forma con me una sola e medesima persona.

Quindi il pupillo e l'interdetto sono rappresentati dal suo tutore : la moglie dal marito per lo esercizio delle azioni a costui confidate dalla legge ; i comuni o i pubblici stabilimenti dai loro amministratori legali; le società commerciali dai loro gestori; l'erede che raccoglie una eredità prima giacente, dal curatore di quest'ultima ; l' assente che riprende i suoi beni , dall'immesso in possesso ; in somma tutti i mandanti da' loro mandatarî o legali o convenzionali.

L'erede che continua legalmente la persona del defunto , e al par di lui quelli che non continuandone la persona sono pure successori generali, cioè i legatarî a

donatari universali o a titolo universale, sono stati rappresentati dal loro autore in tutte le sentenze rese in pro o contro di lui; ma bisogna fare una distinzione. Se l'erede è puro e semplice, assoluta è la rappresentazione, e quindi l'identità giuridica esiste in tutti i casi; ma se è un erede beneficiato o altri successori generali che non continuano la persona del defunto, i quali sono tenuti delle obbligazioni di quest' ultimo in quanto ne possiedono i beni e sino alla loro concorrenza; esauriti o abbandonati i beni dal successore, se così vuole, la sentenza ottenuta contro il suo autore diventa per lui *res inter alios judicata*.

I successori particolari di una persona vivente per la cosa a cui succedono, sono aventi-causa dello alienante (come sarebbe un legatario particolare per la cosa legata); ma si conosce (art. 1328 (1282), n. III) che essi sono aventi-causa per quel che è stato fatto dall'autore pria del loro titolo di acquisto, dunque soltanto per le istanze antecedenti alla vendita, alla donazione, ec. il compratore o il donatario devesi, per la cosa venduta o donata, riguardare come una medesima persona col venditore o col donante: ogni sentenza contro questi, per una domanda proposta dopo l'acquisto legalmente fatto e comprovato, sarebbe per quello *res inter alios judicata*. Diciamo dopo l'acquisto legalmente fatto e comprovato; dappoichè ben si comprende che lo acquisto a titolo oneroso avrà solo forza dal giorno in cui ha data certa (articolo 1328 (1282)), e la donazione dal giorno in cui è stata trascritta (art. 941 (863)). Sono questi punti non dubbi e ribaditi dalla giurisprudenza (1).

Nel caso rarissimo in cui si alieni tra vivi a titolo universale, non è nemmanco dubbio che da una parte, il compratore non sarebbe tenuto *ultra vires bonorum* alle sentenze profferite contro l'autore (succedendo soltanto ai beni, non alla persona che è tuttavia vivente); e dall'altra, la rappresentazione avrebbe ugualmente effetto per le istanze precedenti allo acquisto. Ma si deve qui aver riguardo al tempo in cui si è profferita la sentenza o all'introduzione della istanza? e colui che comprerebbe la mia casa nel corso di una lite da me sostenuta per essa, sarebbe legalmente rappresentato da me nella sentenza, profferita dopo la vendita, essendo stata introdotta prima la istanza? Toullier (X, 199) e Bonnier (n. 694) non si spiegano su ciò, quantunque par che si attengano al tempo della sentenza. Duranton invece (XIII) e più formalmente Valette (*Rivista di dritto francese*, 1844, p. 28) e Zachariae (V, p. 768) vogliono si consideri il tempo in cui si fa la domanda, e presentano la regola come evidentissima e che non ha bisogno di discutersi. Ma non è così; dappoichè una costante giurisprudenza, di cui essi non parlano, ammette la regola opposta, decidendo fin anco che il compratore non è più avente-causa, non solo quando l'acquisto posteriore alla domanda è anteriore alla sentenza, ma pure quando posteriore sì alla domanda che alla sentenza, è anteriore alla decisione che ha confermato la sentenza dei primi giudici (2).

A chi la ragione: agli scrittori o alle decisioni? Ai primi secondo noi; dappoichè da un lato, una decisione che conferma, retroagisce al giorno della sentenza confermata, e la sentenza che accorda una domanda, retroagisce al giorno in cui quella si è fatta, a cui si riconosce che la parte perdente abbia dovuto aderire fin da principio.

D'altro lato, quegli a cui concedo un diritto, vero o preteso, lo prende qual'è nel giorno della concessione, fattosi l'ac-

(1) Rig., 11 marzo 1834 (Dev., 34, 1, 345, e le decisioni citate nella nota). — Vedi pure Rig., 16 febbr. 1830 (Dev., t. IX, parte I, p. 453, e la nota). — Nel medesimo ordine di idee deve dirsi che la cosa giudicata intorno alla validità di un sequestro fra il sequestrante e il sequestrato non lega il terzo sequestrato che non è stato parte nella sentenza profferita. Orléans, 27 genn. 1849; Cass., 14 febbr. 1854; Parigi, 27 gennaro 1853 (J. P., 1849. t. I, p. 183; 1854, t. II, p. 177; 1855, t. I, p. 299). — Vedi pure Cass., 23 agosto 1854 (J. P., 1855, t. I, p. 512).

(2) Rig., 8 maggio 1810; Pau, 24 dicembre 1824; Rig., 25 marzo 1828; Montpellier, 26 marzo 1828; Rig., 26 marzo 1838; Bordeaux, 19 agosto 1840 (Dev., 1840, 38, I, 759; 41, II, 7).

quisto dopo introdottasi la istanza, il compratore deve subire le conseguenze dello stato attuale delle cose : succedendomi e facendosi mio avente-causa, si è obbligato col quasi-contratto giudiziario antecedente al suo acquisto, siccome lo sarebbe stato con una formale convenzione (art. 1122 (1076)). Ci par dunque certo che qui la giurisprudenza va errata.

XII.—È incontrastabile ed incontrastato che i creditori semplici chirografari sono legalmente rappresentati dal loro debitore in tutte le istanze in cui questi figura, fossero anche esse posteriori ai titoli di credito. Coloro che accettano per debitore un tale senza chiedergli una particolar garenzia sui suoi beni , consentono di rivolgersi sul patrimonio tale quale si apparterrà nel momento in cui agiscono; e salvo il caso di frode (che la legge eccettua e per cui si possono impugnare tanto le sentenze che le convenzioni) (art. 1167, n. V (1120)), essi d'avanzo ratificano tutto quel che farà il loro debitore. Questi adunque li rappresenta, e la cosa giudicata con lui lo è anche con essi... Sarebbe anche lo stesso pel creditore ipotecario ? È questa una quistione, che dopo essere stata decisa quasi ad unanimità affermativamente sino agli ultimi tempi, è al presente assai dubbia. Nel mentre Carrè, Favard, Desmazures, Berriat, Merlin soprattutto (*quist.* V. *Opposiz. di terzo*, § 1) e Proudhon (*Usuf.*, III, n. 1300-1307) e con lui una costante giurisprudenza (1), decidono che il creditore ipotecario è rappresentato dal suo debitore nella causa sostenuta dopo l'iscrizione dell'ipoteca per la proprietà dell'immobile ipotecato ; Duranton (XIII-507) , Bonnier (n. 695), Valette (*Rivista di dr. francese*, 1844, pag. 27) e Zachariae (V pag. 770) insegnano invece, che una tal sentenza è per il creditore ipotecario *res inter alios judicata* (2). Quest'ultima opinione è la sola esatta, e vogliamo sperare che tosto o tardi, per un maturo esame , la giurisprudenza esca dalla falsa via in cui Merlin l'ha tratta; mentre le decisioni contrarie furono profferite in un tempo in cui la quistione non era seriamente esaminata; mentre Valette , il primo che ne abbia logicamente trattato (non discutendola nemmeno Bonnier) scriveva al 1844, e l'ultima decisione è al 1841; mentre finalmente tali varie decisioni non dando alcuna ragione, mutano solo nel motivo della sentenza il punto da giudicare , dicendo, *attesochè il creditore ipotecario è rappresentato dal suo debitore.*

Il diritto d' ipoteca non è uno smembramento della proprietà , e il debitore conserva sullo immobile gravato l' intiera proprietà ; pure bisogna capire con prudenza una tale proposizione, spesso esagerata, e vedremo che tale idea, che ha potuto far nascere l'errore di cui trattiamo, è indifferente alla soluzione della quistione. Il diritto d'ipoteca non è uno smembramento della proprietà dell'immobile, come a mo' di esempio, il dritto d'uso; ma come l'uso o altro smembramento, è un dritto reale che grava sull'immobile stesso. L'ipoteca differisce in ciò dall'uso che non assegna una porzione del *dominium*, ma gli somiglia in ciò che essa pure tocca il *dominium* , modificandolo in vantaggio del proprietario : il dritto d' ipoteca non fa , rigorosamente parlando , che la proprietà non sia più intiera, bensì non più *intatta*. Se per la concessione d'un dritto d'uso o d'usufrutto il vostro *dominium* soffre, per così dire l'amputazione d'un membro, non vedete come l'ipoteca, lasciandogli i suoi membri, gl'imprima un tal segno che annunzii il dritto d'un terzo, e gli stringa una catena che lo mette in potere del terzo ? Non vedete che se la vostra proprietà, nel primo caso, deve esser trasmessa dimezzata, deve, nel secondo, esserlo col segno di soggezione impostogli e colla catena per-

(1) Cassazione d'una decis. di Caen , 12 frutt. anno 9; Rig., sopra una decis. di Tolosa, 16 giugno 1811, Cass. d'una decis. di Douai, 21 ag. 1826; Rouen, 30 novembre 1827, e rig., 22 marzo 1831; Parigi, 2 febbraro 1832; Rennes , 24 agosto 1839 e Rig., 26 maggio 1841 (Dev. e Car., t. VIII, parte I, p. 417; 31, I, 350; 32, II, 301; 41, I, 749).

(2) *Vedi* anche Bourges , 16 novembre 1853 (J. P., 1854. t. I. p. 178); Tolosa, 7 marzo 1855 (J. P., 1855, t. I, p. 621); Orléans , 15 febbr. 1854 (J. P. 1854, t. II, p. 203); Rig., 14 nov. 1853 (J. P., 1855, t. II, p. 290).

cui non può sfuggirmi? Se non ostante l'ipoteca, la vostra proprietà vi rimane intiera, non è più intatta, non più piena e libera', ma ristretta e singolarmente ristretta nel vostro dritto di disporre, nello *abusus* dal dritto concesso ad un terzo sull'immobile, dritto che racchiude il potere condizionale di farlo vendere, qualunque ne sia il detentore, in modo che la ipoteca offre un germe d'alienazione.

Ma poichè il creditore ipotecario ha direttamente sulla cosa un dritto proprio, dritto che in realtà lo fa partecipare in modo energico al dominio della cosa, come potrebbe dirsi con esattezza che ei debba restar straniero alle istanze che riguardano il dominio della cosa, e che il proprietario debitore sarà per esse il suo naturale rappresentante? Ciò è vero per il creditore puro e semplice il quale ha solo rapporto diretto colla persona del debitore, che ha lasciato intatti i suoi dritti sugli immobili, che non può mettersi in rapporto con questi se non col mezzo della persona, e fino a che tali immobili le appartengano; ma è falso per il creditore che ha stabilito uno stretto legame tra lui e la cosa, e che ha scemato una porzione dei dritti che il debitore avea sulla cosa, per sostituirvi un altro dritto suo proprio sopra di quella. L'ipoteca essendo un dritto reale che spetta al creditore, e diventa parte del suo patrimonio, come un dritto d'usufrutto, come altri che lui potrebbe disporne, o in qual siasi modo comprometterla?

Poichè diversa dalla garenzia generale, che è un dritto eventuale sul patrimonio, tal quale resterà definitivamente al debitore, la garenzia ipotecaria è un dritto che legasi immediatamente e irrevocabilmente allo immobile, assoluto e indipendente dalla volontà del debitore, pari a quello d'usufrutto o d'uso che mi sarebbe stato trasmesso; come mai il debitore può comprometter quello piuttosto che il diritto d'usufrutto? Si risponde, che il creditore, fosse pure ipotecario, è sempre un avente-causa: ma quegli a cui ho concesso l'usufrutto o l'uso, non è anche un mio avente-causa? E non è pur tale colui al quale ho venduto o donato l'intero immobile? Tutti quelli a cui ho conferito un qualunque sia dritto reale, sono tutti i miei aventi-causa per il da me fatto pria della concessione, ma non già per il fatto dopo! E perchè il mio debitore che non può compromettere la mia ipoteca per *convenzione*, lo potrebbe litigando? Non sono io sempre suo avente-causa tanto se *contrae*, che se litiga? Cotesta ultima idea se non prova più delle altre (ugualmente decisive) fa più effetto, e ben si deve comprendere come, dacchè il debitore ipotecario (a guisa d'un venditore e diversamente di un debitore chirografario) non può compromettere col contratto il mio dritto, nol può nemmeno con una causa. Qual sarebbe la differenza tra i due casi?

La ragione che si è pensato assegnare è, che la sentenza dichiara i dritti preesistenti e la convenzione ne crea de' nuovi; e che giudicato non essere proprietario il debitore, vien meno la mia ipoteca insieme colla sua proprietà secondo il principio *soluto jure dantis*. Ma ciò fa davvero pietà. Perchè, da un lato, la sentenza non sarebbe puramente dichiarativa sì per lo acquirente dell'uso, dell'usufrutto o della proprietà, come per il creditore ipotecario? E se risolvendosi il dritto del costituente annullasi l'ipoteca, non s'annullano parimente le servitù, i dritti d'uso, d'usufrutto ed anco il pieno *dominium* trasmesso? E d'altra parte, non si cade in un circolo vizioso, *applicando lo effetto della sentenza* per dire che l'ipoteca del creditore non era validamente costituita, e che la quistione sta appunto nel conoscere se il giudicato riguardo al debitore lo sia riguardo al creditore?

Si applica contro il creditore, senza scorgere che si potrebbe fare similmente contro gli acquirenti, la massima *res judicata veritas est*, allorchè si vuol proprio conoscere se vi ha *res judicata*.

Come mai Merlin, Proudhon han potuto cadere in tale petizione di principio, e non vedere che qualunque compratore d'un dritto reale contando da quegli che ottiene una

semplice ipoteca sino a quello che acquista la proprietà sono necessariamente pari? Tutti senza distinzione alcuna sono aventi-causa del concedente, da cui tutti traggono il loro dritto, ma soltanto per i fatti antecedenti alla concessione, e si riguardano come terzi per quelli seguenti, cioè, che ricevono il dritto nello stato in cui è quando si concede. Il dritto di tutti è indipendente dalla volontà ulteriore del concedente, nè può essere menomamente alterato nè da convenzioni, nè da sentenza. Si noti in fatti come Proudhon (*loc. cit.*) applichi la sua dottrina non solo alle ipoteche, ma anche alle *servitù*, eccettuandone solo quelli che hanno acquistato la proprietà *o la com*proprietà; se non che altrove, dimenticando il suo sistema, insegna che la sentenza profferita con il proprietario è *res inter alio acta* per l'usufruttuario e l'usuario (n. 1298 e tom. V, n. 2749). Come si conciliano tali idee? chi ha l'usufrutto e l'uso, essendo questo e quello una servitù, non sono comproprietari! I raziocinii contro il creditore ipotecario, si applicano contro a tutti gli acquirenti; e quanto si è detto delle sentenze, è da applicarsi alla convenzione; per negarsi al creditore ipotecario il dritto di dirsi estraneo alla sentenza ottenuta contro il suo debitore, dovrebbe dirsi, il venditore dell'immobile resta, non ostante la vendita, libero di disporre dei dritti che ha trasmesso al compratore! Ripetiamolo: quegli che ottiene un qualunque dritto reale sopra una cosa è l'avente-causa del trasferente, ma solo per quel che ha preceduto la concessione, e tutto ciò che si fa dopo, o in una convenzione o in una sentenza, è per lui *res inter alios acta* o *judicata*.

Merlin non trovando un argomento specioso per la teoria legale, ne cercò uno nella pratica delle cose, e ha detto nella requisitoria, a cui è dovuta la decisione dell'anno IX, e le altre successive, che sarebbe *assurdo* domandare che colui il quale agisce per rivendicare un immobile, chiami in causa i sei, otto o dieci creditori ipotecari del detentore. Bonnier, tuttocchè adotti, ma senza discutere, la nostra stessa soluzione, consente che questo bisogno sarebbe *estremamente molesto*, e così spiega come la giurisprudenza abbia adottato la dottrina da noi combattuta, e che egli chiama *più utile che logica*. Se fosse vera questa estrema molestia, non perciò si dovrebbe violare la legge, e nè anco volerla modificata. Perchè mai si dispenserebbe piuttosto colui che vuol ottener sentenza contro gli otto o dieci creditori ipotecari, di quel che non si faccia contro gli otto o dieci a cui si è potuto trasmettere un ottavo, un decimo della proprietà divisa o indivisa di un immobile, o dare una servitù di uso, di passaggio, di veduta, ec.; e se potrebbe ad uno giovare una sentenza contro un solo, e che può opporre a dieci, a questi, che hanno in apparenza pur dritto ad esser protetti dalla legge, gioverà anche il poter difendere i loro dritti. Sembraci inoltre che il sistema della giurisprudenza sia contrario all'utilità pratica, come alle regole legali. In fatti potendo generalmente farsi senza pubblicità gli acquisti della proprietà o dei suoi smembramenti, mentre l'ipoteca (salva quella legale dei minori e delle donne maritate), va soggetta alla iscrizione; trattandosi di creditori ipotecari sarà più facile mettere in causa tutti gl'interessati per ottenere una sola sentenza da opporsi a tutti; e quando non si saranno tutti chiamati, ci è poco a temere ove la quistione della proprietà sia stata seriamente discussa, che gli interessati, sebbene lo possano fare, propongano una nuova causa per far spese inutili; e poi in fine il massimo inconveniente che possa presentarsi, essendo occulte le ipoteche, sarebbe di litigare più volte intorno alla medesima quistione. D'altra parte, al contrario, i creditori ipotecari avrebbero un pericolo grande, e maggiore di quello degli acquirenti di servitù o di porzione dell'immobile, ad essere rappresentati dal loro autore nella sentenza ottenuta contro di lui; poichè può ben avvenire che un creditore ruinato, insolvente, e che non ha alcuno interesse personale per difendersi,

nella lite lasci giudicare contro di lui anche con buona fede, ma perchè scoraggiato e indifferente, una quistione di proprietà nella quale avrebbe facilmente vinto se si fosse difeso. Come volere che una tal sentenza, forse contumaciale, abbia il suo effetto contro i creditori soli interessati, e inconsci pei quali fosse divenuta cosa giudicata? Qual cosa può scuotere di più il credito pubblico? Ma tal pericolo non han nemmeno gli acquirenti di una porzione dell'immobile, perchè il loro autore dovrebbe sempre difendere la sua propria porzione, ed anche meno gli acquirenti di semplice servitù, poichè questi lasciano al concedente quasi tutto il valore dell'immobile.

Quindi il sistema di Merlin, che nega ai creditori ipotecari un dritto che hanno pure gli acquirenti di porzione dell'immobile o di servitù, respinge, quando è molto più facile e di prima necessità, un dritto di intervento che egli accorda quando la sua applicazione riesce più difficile e meno utile. Adunque si può dire, rovesciando la frase di Bonnier, che tal dottrina non è più utile che logica, che invece è contraria tanto ai bisogni della società, che ai principî del dritto positivo.

XIII.—Vi sono talune classi di persone che per il loro rapporto con qualche altra sono legalmente rappresentate da essa nelle sentenze favorevoli e non già in quelle contrarie, cioè che in questo caso colui che ha litigato per il rapporto che ha verso la persona a cui deve opporsi la sentenza, era mandatario per rendere migliore, non peggiore, la condizione di essa.

Così gli acquirenti di un fondo possono allegare la sentenza profferita in vantaggio del loro autore, quantunque profferita contro di lui per una domanda posteriore alla alienazione, sia per *essi res inter alios judicata*. Per grazia di esempio, se siete rimasto succombente in una rivendica della casa, che questi mi aveva venduto, voi non potreste intentar di nuovo una simigliante azione contro di me, con dire che la sentenza ottenuta da Paolo non lo è stata da me; perchè quegli che al tempo della causa non avea più in proprietà la cosa, non ha potuto litigare che per me qual gestore di negozi; ed io posso non rispettare la gestione per mancanza di poteri se riesce pregiudizievole e anche ratificarla se mi giova.

Così pure l'usufruttuario sarà rappresentato per il suo usufrutto dal nudo proprietario, e questi da quello per la nuda proprietà nelle sentenze ottenute da uno di essi contro altri intorno alla nuda proprietà del fondo, ma non già in quelle favorevoli ad altre persone. Ciò è stato spiegato sotto lo articolo 614 (539).

Similmente, colui che al presente è proprietario di un fondo sotto una condizione risolutiva, o perchè lo ha acquistato in tal modo, o perchè lo ha alienato sotto una condizione sospensiva (art. 1168 (1121), n. 1), risolvendosi la proprietà retroattivamente avvenuta la condizione, avrà debitamente rappresentato colui che è stato diffinitivamente il proprietario nelle sentenze favorevoli, ma non già in quelle contrarie.

Così pure, il semplice possessore o proprietario apparente rappresenterà il proprietario reale che lo evince, essendo egli l'amministratore con facoltà di fare tutto ciò che riguardava il mio padrone, e senza facoltà di distruggere o compromettere i dritti di lui.

Debbonsi egualmente pareggiare, non ostante il contrario avviso di Toullier (X-207), le sentenze profferite intorno alla proprietà di un immobile, ed anche intorno ad un dritto indivisibile di servitù contro di esso, per, o contro uno di quelli che ne sono comproprietarî indivisi. Questi avrà rappresentato gli altri comproprietarî contro le altre persone nelle sentenze favorevoli non in quelle contrarie, non ostante che sia l'oggetto indivisibile. Toullier, allegando una legge romana molto oscura, e facendosi scudo, ma a torto, del sommo Pothier, pretende che i comproprietarii saranno rappresentati nelle sentenze tanto contrarie che favorevoli. Ma la sua dottrina, rigettata a buon diritto da Duranton (XIII-528), e Bonnier (n. 702)

non può certamente ammettersi, non potendosi, per la indivisibilità stessa dell'oggetto, giudicare della proprietà contro alcuni, che se ne pretendono padroni senza il loro concorso. Che monta esser la cosa indivisibile! Sarà questa forse una ragione o un pretesto perchè mi si tolga il mio dritto di comproprietà che non ho potuto difendere? Di più Pothier, avendo detto nel n. 59 della sua sezione intorno alla autorità della cosa giudicata, che la sentenza contraria, stante la indivisibilità dell'oggetto, è esecutoria per la natura stessa delle cose contro tutti i comproprietari, ha aggiunto nel seguente numero (ma ciò non fu notato da Toullier), che coloro i quali non vi hanno figurato *possono fare opposizione di terzo senza dovere allegare la collusione*. Or chi è stato rappresentato in un giudizio, non può fare opposizione di terzo, se non che provando la frode di chi lo ha rappresentato, per cui verrebbe meno la qualità; ma colui che può fare opposizione di terzo senza allegar la frode, è terzo e la sentenza è *res inter alios judicata*. Secondo Pothier adunque, se la indivisibilità dell'oggetto fa necessariamente eseguir la sentenza contro *quelli* medesimi che non vi hanno figurato, non toglie che questi sieno sempre terzi, ed abbiano il dritto assoluto di far nuovamente giudicare la quistione colla opposizione di terzo e non già con una azione principale. Ciò è stato pur giudicato da una decisione di rigetto dei 19 dicembre 1832 (1), che fu da Bonnier a torto censurata, come se abbia dichiarato *aventi-causa gli uni degli altri* i comproprietari di un oggetto indivisibile.

Toullier cade quindi in grossi errori nel n. 207 e nel precedente, dicendo che qualunque obbligazione indivisibile, è per ciò stesso in solido (*Ved.* articolo 1225 (1178), n. *II*).

Da quest'ultima falsa idea egli è tratto a dire che il condebitore di un debito indivisibile viene rappresentato dal suo condebitore, tanto nelle sentenze contrarie che nelle favorevoli, perchè la solidarietà li fa mandatari gli uni degli altri. Ma siccome non son solidali e *longe aliud est*, come diceva Dumoulin, *plures teneri in solidum, et aliud obligationem esse individuam*, non potrebbe ammettersi la conseguenza di Toullier, quand'anche fosse vero il principio.

Ma il principio è egli vero? Devesi ammettere, come fa Toullier (X, 202), che siccome la sentenza ottenuta contro il creditore da uno dei debitori in solido giova sempre ai condebitori (essendo la difesa comune a tutti), così la sentenza in vantaggio del creditore contro uno dei debitori (essendo similmente comune la difesa) sarà sempre *res judicata* contro gli altri debitori? Noi crediamo di no. Vedemmo sotto gli art. 1205 e 1207 (1158 e 1160) che i condebitori in solido riguardansi dalla legge come mandatari gli uni degli altri, unicamente *ad conservandam obligationem*. Quindi il creditore o con l'azione contro un solo (art. 1206 (1159)) o per il riconoscimento del debitore (articolo 1249 (1202)) non fa prescrivere rispetto a tutti il suo dritto; ma non può nè contraendo nè litigando con uno, raffermare o migliorare il suo dritto rispetto agli altri. Quindi sembra a noi, del pari che a Duranton (XIII, 520) e Zachariae (V, p. 774, nota 42), contro la opinione di Toullier (X, 502), e di Bonnier (numero 701), che il debitore contro cui non si agisce, può rimettere in campo la quistione che è stata soltanto giudicata in faccia al suo condebitore, non solo allegando mezzi di difesa a lui personali, ma anche quelli comuni a tutti (2).

Il più degli scrittori ed anche delle de-

(1) Sopra la decisione conforme di Colmar (Dev. e Car.. 33, 1, 473).

(2) Rig., 15 gennaro 1839 (Dev., 39, I, 97). — Bonnier insegna che la giurisprudenza riserba al condebitore, contro cui non si agisce, i suoi mezzi personali, e lo sottopone alla decisione profferita senza di lui sopra un mezzo comune, citando in sostegno una decisione di rigetto dei 20 nov. 1836 (Dev., 37, 1, 362).—Altra inesattezza. Da una parte quella decisione non giudica, nè poteva, la quistione pei mezzi comuni, trattandosi di un condebitore che allegava un mezzo suo proprio. e che

cisioni (1), ritengono che il fideiussore è rappresentato dal debitore principale nelle sentenze profferite contro costui sopra mezzi che potevano entrambi proporre, e che debba riguardarsi come terzo, quando egli può proporre mezzi suoi proprii. Cotal dottrina, che ci sembra consentanea ai principi di Toullier, di Bonnier e di tutti quelli i quali ammettono che un debitore in solido è rappresentato dal suo condebitore nelle sentenze profferite contro costui sopra un mezzo comune, ci sembra contraddittoria alle dottrine annunciate dalla Corte suprema nella decisione sopraccennata dei 15 gennaro 1839; poichè i condebitori in solido sono più rigorosamente legati verso il creditore che i semplici fideiussori, e che riguardansi come semplici fideiussori solo nei rapporti fra loro e non già col creditore (art. 1216 (1169)). Se un creditore non può giovarsi contro un debitore in solido della sentenza ottenuta contro un condebitore, con più ragione non deve opporre ad un semplice fideiussore la sentenza ottenuta contro il debitore principale. Di più Zachariae, insegnando, come noi, che il debitore in solido non vien rappresentato nelle sentenze contrarie dal condebitore, insegna pure, al par di noi, (V. p. 773, nota 40), che il fideiussore non lo è dal debitore. Duranton ammette anche il primo punto, ma è difficile conoscere quel che pensi del secondo, perchè ei dice che la sentenza contraria « sarebbe riputata fatta *col fideiussore*, dappoichè *il debitore lo rappresenta* ; » aggiunge poi « ma il fideiussore *potrebbe fare una opposizione di terzo* (XIII, 517, § 3); » cioè il fideiussore sarebbe ben rappresentato.

Checchè ne sia, il fideiussore non sarebbe qui rappresentato dal debitore.

La fideiussione è un accessorio del debito senza od oltre il quale non esisterebbe, quindi diminuendosi il debito, estinguendosi (per causa non personale al creditore ma riguardante il debito), la fidejussione diminuisce o estinguesi, e allora tutto ciò che è giudicato, per tal causa, in vantaggio del debitore, lo è stato in vantaggio del fideiussore; ma come reciprocamente il giudicato contro il debitore lo sarà contro il fideiussore? L'obbligazione del fideiussore, se dipende dalla principale, non perciò si identifica con essa; essendone molto diversa, il fideiussore e il debitore sono ognuno obbligati per se; le cause di nullità, di estinzione o diminuzione dei debiti principali sono pur cause riguardo al fideiussore, quindi se questi allega tali cause, non agisce in nome del debitore, ma per se: se il dritto da lui esercitato appartiene al debitore, appartiene anche in proprio a lui. In tal caso ei non presentasi come avente-causa del debitore, e in conseguenza la quistione giudicata con questi non lo è stata con lui.

Diremo adunque, non ostante le sentenze che sono erronee in tal punto come sulla importante quistione dei creditori ipotecari, che i fideiussori, come i debitori solidari, come le altre classi di persone qui sopra indicate, sono ben rappresentati dai loro principali debitori o condebitori, nelle decisioni favorevoli ottenute da questi, ma non in quelle contrarie.

XIV.—Nell'art. 137 (143), n. IV, confutando il sistema adottato dalla giurisprudenza e da molti scrittori, e specialmente da Demolombe, vedemmo, che l'erede apparente non è affatto il mandatario del reale; da ciò inferiamo che quest' ultimo non sarebbe rappresentato nelle sentenze profferite contro l'erede apparente, e riguardanti i beni ereditari. L' erede apparente, a cui in nessun luogo la legge ha dato una posizione eccezionale, è nè più nè meno pari a tutti gli altri proprietari putativi, di cui si è parlato nel par. 5, del precedente numero.

Nell'art. 800 (717) si è visto come la

quindi doveva essere ammesso ad un' altra causa tanto nel sistema di Bonnier, che nel nostro. Quanto ai mezzi comuni a tutti i debitori, la quistione si è presentata in una decisione di Parigi del 20 marzo 1809, e in quella di rigetto del 1839; giudicata contro il debitore nella prima, in pro di lui nell'altra.

(1) Cass., 27 nov. 1811; Lione, 12 aprile 1831; Rig., 11 dicembre 1834; Parigi, 11 luglio 1836; Rig., 12 febbr. 1840 (Dev., 35, I, 376; 40, I, 529).

sentenza che ha dichiarato uno erede puro e semplice, e che è passata in forza di cosa giudicata, mentre si poteva impugnare, può essere invocata contro lui da tutti gli interessati, non perchè allora vi sia *cosa giudicata* in favore di quei che non han figurato nella causa, ma perchè il silenzio dello erede, che poteva reclamar contro, equivale ad accettazione pura e semplice, di modo che non vi è eccezione al principio del nostro articolo. Allora non è allegata la sentenza contro l'erede, ma la sua adesione a quella, riguardata come accettazione.

A terminare la materia dell'identità giuridica delle persone, aggiungeremo una osservazione relativa alla opposizione dei terzi.

L'opposizione di terzo è *l'opposizione* contro una sentenza che potrebbe recar pregiudizio ad una terza persona, e mira a renderla vana per essa, perchè la sentenza è *res inter alios acta* (art. 474 (538) Cod. di proced.).

Quando quei, contro il quale vi è stata una sentenza, aveva in sulle prime una qualità per rappresentare quello che vuole impedirne la esecuzione, p. e. un creditore *chirografario* che vuole impedire l'effetto della sentenza contro il suo debitore, egli non può riuscirvi che provando di esservi stata frode, collusione fra gli avversari e il suo rappresentante, che così ha cessato di rappresentarlo, perchè non si rappresenta una persona, ma si diventa piuttosto suo avversario, colludendosi con quelli che hanno interessi opposti. Quando il terzo opponente non era affatto rappresentato dalla parte che ha perduto, quando non è il suo avente-causa e può dirsi terzo, non è più necessaria la frode, e la opposizione di terzo può ammettersi senza condizione. Quindi la opposizione di terzo, o si fondi sulla mancanza di qualità, di chi ha perduto, a rappresentar l'opponente, ovvero sulla collusione che gli ha fatto perdere la qualità che aveva, è sempre una conseguenza ed una applicazione del principio stanziata dal 3° del nostro art. 1351 (1305), che non vi è cosa giudicata quando non vi è identità giuridica delle parti, e *res inter alios judicata aliis neque nocere, neque prodesse potest.*

Non pertanto, perchè vi è un rapporto naturale fra il principio da noi sviluppato e la opposizione di terzo, rapporto il quale spiega perchè le molte decisioni citate nei numeri precedenti siano tutte sotto la rubrica di *Opposizione di terzo*, non deve credersi che questo principio, come spesso si crede e sembra esser insegnato da Proudhon (*Usufr.*, III, n.° 1286), sia subordinato all'esercizio della opposizione di terzo, che sarebbe quindi una via indispensabile per provare che non si è stato parte nella sentenza che s'invoca contro di noi. Errore. La opposizione di terzo non mira a provare che si è terzo rispetto ad una sentenza, ma ad arrestare l'esecuzione di una sentenza. Onde riuscire nella opposizione di terzo, si dee provare di esser terzo, ma non è questo l'oggetto dell'azione, bensì la causa, il fondamento; e anzichè la giustificazione della mia qualità di terzo e il non potermisi quindi opporre la sentenza essere subordinata alla opposizione di terzo, è questa invece subordinata a quella. Se dunque l'opposizione di terzo dipende necessariamente dal principio *res inter alios judicata aliis nocere non potest*, come l'effetto dalla sua causa, questo principio invece è indipendente dall'opposizione di terzo.

Ma lo scopo cui mira la opposizione di terzo, non si può conseguire senza di essa? Non posso forse, dicendo soltanto di esser terzo rispetto alla sentenza, far che non se ne tenga conto rispetto a me, e che tutte le cose avvengano come se la sentenza non esistesse? La terza opposizione è forse nella legge superflua?... In principio basterà che il terzo dicesse, che per la sua qualità non vi è sentenza rispetto a lui, cotal che potrà, invece di ricorrere alla opposizione di terzo che sarà facoltativa, agire come se nulla si fosse giudicato. Ma in questo caso particolare la legge non doveva più accettare la conseguenza del sistema radicale, e soprattutto per tal caso ha prescritto l'opposizione di terzo, che diventa allora una

necessità per il terzo, se non vuole soffrir pregiudizio da quella sentenza.

Questo è il caso in cui la sentenza, verso la quale voi pretendete esser terzo, non può essere esecutoria rispetto a quello, contro cui si è ottenuta, senza che lo fosse rispetto a voi, per modo che essa potrebbe solo essere vana per voi se assolutamente lo fosse. Per grazia di esempio, si è giudicato fra Pietro e Paolo, i poderi dei quali costeggiano un corso d'acqua, che il primo ha dritto di stabilire un argine in un dato punto. Se questo argine nuoce tanto a voi che a Paolo, è chiaro che la sentenza non può rimanere ineseguita per voi, se si esegue per Pietro; cotalchè dovendosi per la natura stessa delle cose o eseguirsi assolutamente, o rimanere assolutamente inefficace, voi non potete impedire la esecuzione (non fatta contro di voi, ma che vi nuoce), o far cessare la esecuzione già consumata, con la opposizione di terzo. Vi è un atto dell'autorità, legalmente esecutoria, che ordina di fare un'opera; se volete impedirla o farla distruggere dovete far ritirar l'ordine di cui vi dolete, e perciò la legge vi dà opposizione di terzo: finchè vi ha un atto della autorità deve osservarsi; colui che se ne duole, deve farlo ritirare.

Così, quando la sentenza in favore di Pietro contro Paolo, tuttochè possa nuocervi, può anche essere efficace contro di Paolo, non essendolo contro di voi, potrete, senza bisogno dell'opposizione di terzo, non rispettarla facendola solo eseguire contro di Paolo, finchè non avrà ottenuta sentenza contro di voi; ma quando la sentenza non potrebbe restare inefficace contro di voi, senza che assolutamente lo fosse, quando volete impedire il solo effetto che l'atto possa ricevere, e perchè non vi noccia, esso dovrebbe annullarsi, voi dovrete impugnarlo con la opposizione di terzo.

Cotesta distinzione, che sembra imposta dalla combinazione del principio *res inter alios*...o col bisogno di osservare qualunque atto della autorità, e che ci mostra la opposizion di terzo, ora come puramente facoltativa ed ora come obbligatoria (distinzione che altronde sembra adottata da parecchi interpetri del Codice di procedura), è tale da ravvicinare le due estreme opinioni, e le diverse decisioni profferite intorno a tal quistione (1).

4. Influenza del giudizio penale sul civile.

XV.—Il nostro art. 1351 (1305) tratta delle decisioni civili, non riferendosi punto alle sentenze criminali. Ma una quistione può presentarsi innanzi un tribunale civile, posciachè sia stata giudicata da un tribunale criminale, o viceversa: noi cui non incombe di indagare la influenza del civile sul criminale, dobbiamo esaminare se e fin dove le decisioni criminali debbano influire sulla sentenza civile.

Qui pure gli scrittori porgono una dottrina poco soddisfacente; e contando da Merlin e Toullier, che discutevano sono più di trenta anni la quistione, sino a Bonnier e Poujol che han riassunto il lavoro di quelli, nessuno, eccettone Dalloz e Zachariae, ha trattato logicamente la quistione e saputo risolverla. Qui siccome sulla materia della *identità dell'oggetto*, le decisioni sono state necessariamente animate, mancando la teoria, da un sentimento istintivo del vero, che non si svolge ma si soffoca dalla scienza che non è esatta. La dottrina, anzichè additar la via alla giurisprudenza, non ha saputo cavare dalle numerose decisioni, giuste in sostanza, ma non nei loro motivi, il sistema logico che in germe vi si conteneva.

Merlin, che il primo si pose sulla falsa via in cui tutti lo hanno seguito, costretto

(1) Boilard (53ª e 54ª lezione); Thomine Desmazures (I, 525). — Opposizione di terzo facultativa. Cass., 2 gennaro anno 10; Cass., 11 maggio 1840: — Opposizione di terzo obbligatoria: Colmar, 24 marzo 1830; Colmar, 4 luglio 1831; Rig., 19 dicembre 1832; Rig., 24 aprile 1844 (Devill., 33, I, 473 e II, 76; 410, I, 79; 45, I, 33).

ad allegare, per giungere alle vere conclusioni, i principî più falsi, sostiene (Questioni alla par. *Falso*, § 6) che se p. e. io domando a Pietro, innanzi un tribunale civile, il ristoro del delitto per cui egli è stato condannato da un tribunale criminale, vi è cosa giudicata quanto alla esistenza del delitto e alla imputazione di Pietro, per modo che costui non può pretendere si riproponga la quistione per provare non esser egli l'autore del delitto.

Ciò è vero; come vedremo, ma Merlin, ingannandosi, come tutti gli altri dopo lui, tranne Zachariae e Dalloz, spiega lungamente ma alle volte oscuramente, come l'autorità della cosa giudicata derivi dall'esservi *insieme*: 1° identità di causa, poichè *la base* delle due azioni è il commesso delitto; 2° identità di oggetto, perchè « non ostante la differenza dei loro *oggetti diretti*, le due cause si reputano avere per legge il medesimo *oggetto fondamentale* »; 3° infine identità di parti, perchè il pubblico ministero, che rappresenta la intiera società, ha rappresentato me, come tutti gli altri cittadini, nella causa contro di Pietro.

Toullier (X, nn. 240-259) ha facilmente *confutato il* sistema di Merlin, dimostrando non esservi nè identità di parti; poichè il pubblico ministero che non può domandare il ristoro pecuniario del danno cagionato, non può rappresentare l'individuo offeso, che unicamente può richiedere quel ristoro; nè esservi specialmente identità di oggetto, poichè l'oggetto non è nè può essere nel penale, che l'applicazione di una pena, mentre nel civile non può essere che il pagamento di danni-interessi.

Quindi inferisce che la decisione penale non può avere alcuna influenza sull'azione civile.

Bonnier (nn. 720-723) oppone la dottrina di Merlin, a cui pare accostarsi, a quella di Toullier esposta con molta inesattezza da lui (1), e conchiude (n. 623) che il pubblico ministero è il rappresentante di tutti i pubblici e *privati* interessi. Supponendo ciò vero e che vi sia identità di parti, mentre non è certamente, non può esservi identità di oggetto, e quindi questo sistema è inammessibile. Poujol invece segue il sistema di Toullier, e insegna (n. 38) che mancando le condizioni richieste dallo art. 1351 (1305), non si può applicare al civile la cosa giudicata nel penale. Sarebbe difficile dire propriamente quale è la teoria di Duranton; senza rimontare ai principî generali egli solo presenta (XIII, 486-497) una serie di specie particolari ed una raccolta di decisioni, come altrettanti testi di legge. Pure sembra che ei segua il sistema di Merlin, e come lui ammetta vi sia identità di parti fra le due azioni, perchè il pubblico ministero, per l'azione criminale, è il rappresentante di tutti e di ognuno (nn. 495 496).

In tal modo gli scrittori dividonsi fra i due sistemi; secondo l'uno, la sentenza penale è efficace innanzi i tribunali civili, perchè nelle due liti, penale e civile, èvvi l'identità di causa, di oggettò e di parti, come vuole l'art. 1351 (1305); secondo

(1) Bonnier, in fatti, ricadendo nella strana confusione, da noi notata nel n. VIII, della causa di una domanda col suo oggetto; e così male interpetrando Toullier, fa dire a questi (n. 720) che tra le due azioni, civile e criminale, vi sia l'essenziale differenza di *causa*, dappoichè la *causa* della prima è *la* riparazione di un danno, e *quella* della seconda l'applicazione d'una pena. Or se è falso che la riparazione di danno e l'applicazione della pena siano le *cause* delle due azioni, poichè al contrario sono i LORO OGGETTI, è falso ugualmente che Toullier abbia ciò detto. Egli al n. 247 spiega chiaramente, come le due azioni possono esser fondate *sulla stessa causa*, cioè il delitto addebitato ad una persona; ma che non potrebbero avere *lo stesso oggetto*; perchè l'*oggetto* dell'una è l'applicazione d'una pena, e *quello* dell'altra una somma di denaro a riparare il danno. Una tale idea sulla diversità *dell'oggetto* è espressa dodici volte e molte in italico nel n. 247 di Toullier!..

Come mai ha potuto dirsi che l'applicazione della pena è la *causa* dell'azione del pubblico ministero, il *fondamento* di tale azione? Se così fosse lo effetto si produrrebbe *avanti la sua causa* e l'azione si appoggerebbe su di un fondamento che *non esiste*. È evidente, poichè bisogna che l'azione sia intentata e seguita dalla sentenza pria che la applicazione della pena possa giungere. Il dire che l'applicazione della pena è il fondamento dell'azione, è lo stesso che il dire il fondamento di un edificio nella volta. Il medesimo è in tutti i casi in cui Bonnier scambia l'oggetto per la causa.

l'altro, se vi è identità di causa, non vi è di oggetto, nè di parti, ed in conseguenza lo stesso art. 1351 (1305) toglie il valore alla sentenza criminale innanzi il magistrato civile.

Or cotesti due sistemi sono ugualmente falsi.

Gli è dapprima certo, checchè si abbia potuto dire, che nè la identità di parti, nè massime quella di oggetto qui si ritrovano, come sì fulgidamente è stato dimostrato da Toullier, che non avrebbe dovuto più sostenersi il contrario. Come, di buona fede, per attenerci alla identità di oggetto, si può pretendere, che il pagamento di una somma per danni-interessi e la carcerazione di un uomo, siano tutt'uno; che domandare da Pietro un pagamento di 20 mila fr. ovvero che gli si tronchi il capo sia domandare *la medesima cosa* e volere il *medesimo oggetto?* Come mai può dirsi con Merlin, che essendovi identità di causa, èvvi perciò stesso identità *dell'oggetto fondamentale?* Che cosa è mai l'oggetto *fondamentale* nell' azione e che è lo stesso per le due domande? Senza dubbio l'oggetto, val dire ciò che forma il fondamento delle due domande, cioè il reato che ad alcuno si imputi. Ma questo reato che serve di base alle due domande, questa cosa che è fondamentale nelle due domande è nè più, nè meno la *causa* di esse, per modo che la vostra frase storta (che è di quelle per cui si è detto essere la logica l' arte d' imbrogliare le idee col ragionamento), significa che essendovi identità di causa, vi è identità di causa. Se non deve prendersi l'oggetto per la causa, come fa Bonnier, non deve nemmeno prendersi la causa per l'oggetto, aggiungendosi anche *fondamentale* per ingannare. Ciò che è fondamentale in una domanda è la sua causa; e l'oggetto è ciò che si vuol ottenere su quel fondamento. Ripetiamolo; la morte, i lavori forzati, o qualunque altra pena che richiede il pubblico ministero, e i biglietti di 1,000 fr. da me dimandati, non sono la medesima cosa, nè lo saranno mai per tutti i possibili sofismi; e se fra le due domande vi fosse identità di causa e di parti non potrà esservi mai identità di oggetto. Adunque è un madornale errore di Merlin, Mangin, Leseylier, Duranton, Bonnier, ec. il volere riunite le condizioni dell'articolo 1351 (1305).

Ma il sistema di Toullier nemmanco è esatto. Come ammettere, che colui che ha fatto giudicare col mandatario della società di non essere mai avvenuto il fatto, di cui era accusato, possa per quel preteso fatto esser condannato da un tribunale civile? A ciò si oppongono tutti i principî della giustizia e dell'equità. Come ammettere, al contrario, che colui che è stato solennemente condannato, come colpevole di un reato, posciachè fu difeso con tutta la libertà e tutte le garenzie accordate dalla legge, possa poi innanzi un tribunale civile sostenere e provare legalmente di non essere stato commesso il fatto o non poterglisi imputare? Sarebbe questo uno scandalo giuridico, che ripugna tanto alla volontà del legislatore che alla ragione. Parecchi testi impongono, nè poteva essere altramenti, che si osservassero in tutta la società e nelle discussioni civili le decisioni penali. Così specialmente, secondo l'art. 463 del Codice di istruzione criminale, dichiarati falsi, in tutto o in parte, atti autentici, da un magistrato penale, il tribunale dovrà ordinarne la radiazione o la riforma; la qual cosa non potrebbe avvenire se la decisione criminale non giudicasse la quistione in ordine agl'interessi civili. Ma infine, si è detto, fra le due decisioni non vi è nè identità di parti, nè identità di oggetto, e quindi mancano le condizioni volute dall' art. 1381 (1335). Verissimo; ma (doveasi così rispondere da Merlin e dai suoi seguaci, anzichè contrastare la evidenza) l'art. 1351 (1305) non è applicabile al caso. Esso, come abbiam detto al principio di questo numero (XV), è una regola dettata per le quistioni di puro dritto civile, non per quelle che sorgono dal ravvicinamento del dritto civile e del penale; la quale regola, prevedendo il caso di due decisioni civili, non bada affatto al rapporto di due azioni, l'una civile e l'altra penale.

Pertanto, accostandoci alla opinione di Dalloz (t. 2, pag. 624-625) e di Zachariae (V, pag. 793), ci sembra che Merlin, non che Toullier ebbero il torto di spiegare i rapporti del dritto penale col dritto civile con una disposizione che non li riguarda, e che il sistema del primo, vero nella conseguenza, è falso nel suo principio, e il sistema dell'altro, vero nel suo principio, è falso nella conseguenza.

XVI. — Ma se per la influenza di una sentenza penale sul civile non più si debbono richiedere le tre condizioni dell' articolo 1351 (1305), onde riconoscere l'autorità della cosa giudicata, è necessario sempre, che ciò che si pretende legalmente provato dalla sentenza, sia quello appunto deciso da essa, e che poteva esser deciso dal magistrato penale.

E dapprima, bisogna che la quistione poteva decidersi dal magistrato penale. Questi deve decidere se esista il fatto che ad alcuno si imputa, se l'imputato ne sia autore, e se il fatto sia imputabile penalmente (1). Per l'opposito, i tribunali penali, tranne che l' offeso non siasi costituito parte civile (nel qual caso essi giudicano dell'azione pubblica e di quella civile), non debbono decidere se il fatto costituisce o no un delitto di dritto civile o un quasi-delitto, onde partorire le conseguenze sotto il rapporto civile. Se dunque una decisione criminale giudicava, non essendovi parte civile, essere irreprensibile il fatto, di cui è autore l'imputato, per cui non può darglisi alcuna pena, nè condannarsi a danni interessi, essa sarebbe inefficace per quest'ultimo punto, e l' offeso potrebbe sempre riproporre innanzi un tribunale civile la quistione, se esista un delitto di dritto civile, o un quasi-delitto, che dia luogo a danni-interessi.

Inoltre è necessario, che il punto allegato innanzi il tribunale civile, come giudicato dal penale, sia proprio quello deciso. Così giudicatosi non esistere il fatto imputato a Pietro, colui che si dice offeso, sebbene non sia stato parte civile nel giudizio penale, non può essere ammesso a provare nel civile l'esistenza del supposto fatto. Similmente, se il tribunale penale, riconosciuto che il fatto ha esistito, abbia giudicato non esserne Pietro l' autore, l'offeso non potrà sfidar Pietro nel civile per ragion di quel fatto (2). Del pari, se il tribunale criminale, riconosciuto esistere il fatto ed esserne Pietro l'autore, abbia dichiarato di non essere a lui imputabile, non si potrà provare nel civile che egli ne sia colpevole. Viceversa, dichiarato colpevole Pietro di un reato, ove poi si domandi nel civile una conseguenza civile di quel reato, a mo' di esempio, una revoca di donazione per ingratitudine, egli non potrà più riproporre la quistione della colpabilità (3). In questi varî casi la quistione, che si vorrebbe riproporre innanzi il tribunale civile, è quella decisa dal criminale; e sebbene la seconda azione non ha il fine stesso della prima, sebbene non vi sia nè identità di oggetto, nè identità di parti, vi ha pure cosa giudicata. Il tribunale civile non può dichiarare inesistente il reato riconosciuto dal criminale, nè stimare estraneo ad un fatto o innocente, colui che da quello è stato dichiarato reo, nè viceversa.

Qualunque decisione penale, profferita colla società stessa, ha per la sua generalità la autorità di cosa giudicata senza le condizioni dell'art. 1351 (1305). Ma se invece ciò che si vuol discutere nel civile, non è identicamente il punto o uno di quelli decisi dal tribunale penale, resta integra la quistione, e può agitarsi (4). Così, la sentenza penale, che non decidendo se il fatto

(1) Giungendo alla materia dei delitti e quasi-delitti, vedremo (art. 1382 (1336)) come il delitto per dritto criminale non sia sempre quello di dritto civile, nè reciprocamente; e che Duranton (XIII-697 e 698) confondendoli cade in errore.

(2) Vedi la famosa decisione del 17 marzo 1813 nello affare Tourangin contro Charret.

(3) Caen, 13 dic. 1816; Rig., 5 maggio 1818; Limoges, 20 febbr. 1846; Grenoble, 17 nov. 1846 (Dev., 46, 2, 106 e 547). Vedi pure su tal punto una dissertazione del presidente Lagrange inserita nella *Rivista critica della legislazione*, tom. VIII, p. 31.

(4) Vedi Bastia, 15 maggio 1833; Orléans, 16 maggio 1851; Cass., 12 genn. 1852, 3 ott. 1853, 7 e 29 marzo 1855 (J. P., 1851, t. I, p. 561; 1852, t. II, p. 161; 1853, t. I, p. 324 e 466; t. II, pagina 445).

esista o no, se l'imputato ne sia o no lo autore, ha dichiarato soltanto, come sempre nella Corte di Assise (1), che lo imputato non è *colpevole*, non potrebbe impedire, che chi si dice offeso provasse nel civile la esistenza del fatto, e che l'individuo liberato ne è l'autore, e che il fatto è un quasi-delitto o un delitto di dritto civile che mena a danni-interessi. Allora non ci ha contraddizione fra ciò che fu stabilito dal magistrato criminale, e ciò che si vuol provare innanzi il magistrato civile; dappoichè si vuole far giudicare che Pietro abbia commesso un semplice delitto civile, mentre era stato giudicato di non aver lui commesso un delitto criminale. Adunque innanzi il magistrato civile si potrà proporre una quistione in tutti i casi, quando non è inconciliabile colla decisione penale.

Cotesta regola è identica a quella da noi sostituita alla applicazione de' principî *pars in toto*, *non in parte totum*, quando abbiam trattato della identità di oggetto; e ci sorprende che Zachariae non abbia sopra ammesso pure la regola da lui riconosciuta giusta.

Conforme a tal principio colui che è stato dichiarato innocente dello incendio della sua propria casa, potrà esser chiamato dalla compagnia di assicurazione innanzi il tribunale civile, perchè si giudicasse di aver dato occasione allo incendio la imprudenza di lui, e non aver quindi dritto ad essere ristorato dalla compagnia. Similmente, la decisione che dichiara non essere Pietro colpevole di falso, non toglie che si potesse giudicare nel civile che il documento fosse veramente falso, potendo bene avvenire che il documento sia falso, e non vi sia reato (come se fosse stato alterato da un pazzo, o da un fanciullo), e che il reato di falso non fosse stato commesso da Pietro. Queste ed altre simiglianti quistioni sono state così giudicate da moltissime decisioni (2). Tra le quali notiamo specialmente quella che applica esattamente la regola nella ipotesi più delicata, cioè, di un imputato di omicidio involontario per imprudenza.

A primo aspetto pare che, colui che è stato liberato dal magistrato penale, non potrebbe esser condannato civilmente a danni-interessi, perchè la dichiarazione di non colpabilità importa che non vi è stata imprudenza, negligenza, ecc. da cui solo poteva nascere il delitto criminale; e non si comprende come una condanna civile (che deve fondarsi del pari sulla imprudenza) potrebbe non contraddire la prima decisione. Pure questa opinione sarebbe erronea. Se la prima sentenza del magistrato correzionale ha giudicato non avere l'imputato commesso l'omicidio, non vi potrebbe essere più condanna; ma se la desisione del tribunale correzionale, ovvero di una Corte di Assise, dice soltanto l'imputato *non essere reo* di quell'omicidio (sebbene possa esserne autore), può darsi una condanna. Infatti l'imprudenza ha i suoi gradi di più o di meno; la imprudenza, la negligenza o disaccortezza può non meritare una condanna di prigionia, e invece può dar luogo al ristoro di un danno cagionato. Quin-

(1) Intorno al Codice dei *delitti e delle pene* del 3 brumaio anno 4° non poteva presentarsi al giurì alcuna quistione complessa, e bisognava scomporre le idee in questo modo. *È stato commesso un tal fatto? L'accusato è egli l'autore* di tal fatto? *L'accusato è colpevole* per aver commesso tal fatto? Oggi secondo l'articolo 337 del Codice di istruzione criminale devesi stabilire una sola quistione che racchiude le tre idee: L'accusato *è egli colpevole* per aver commesso un tal fatto? Disgraziatamente questa unità è pericolosissima perchè i giudici poco illuminati confondono, siccome lo abbiamo notato nella Corte di Assise, le due ultime delle suddette tre idee, e non comprendono non ostante gli sforzi dell'avvocato, che altro è aver commesso un fatto, altro esser colpevole di aver compito il fatto. Ma se il giurì deve dare quest'unica decisione: Sì, l'*accusato è colpevole*, o: No, l'*accusato non è colpevole* (art. 348 del Codice d' istruzione criminale); i tribunali correzionali invece sviluppano o motivano la loro decisione, e dal loro giudizio può risultare, o che il fatto non abbia esistito, o che il prevenuto non ne sia l'autore.

(2) Rig., 19 marzo 1817; Rig., 8 maggio 1832; Bastia, 15 mag. 1833; Rig., 10 febbraro 1840; Cass., 27 maggio 1840; Cass., 2 luglio 1840; Orléans, 4 dic. 1841; Rig., 3 luglio 1844; Limoges, 14 ottobre 1844 (Dev., 32, I, 845; II, 373; 39, I, 767, 40, I, 633, 638 e 984; 42, II, 467; 44, I, 733; 45, II, 496). — Non bisogna accogliere come esatti tutti i motivi di queste varie decisioni.

di non vi è contraddizione tra la sentenza che nega la imprudenza che costituisce un delitto (penale) di omicidio involontario, e quella che afferma l' imprudenza aver costituito il semplice quasi-delitto dello art. 1383 (1337). Dunque a ragione la Corte di appello di Orléans, riconobbe potersi dare una condanna civile per ristoro del danno cagionato, perchè « in tal caso « la decisione civile *non è affatto* inconci- « liabile con quella penale (1) ».

1352 (1306). — La presunzione legale dispensa da qualunque pruova colui a favore del quale essa esiste.

Non è ammessa veruna pruova contra la presunzione della legge, quando sul fondamento di tal presunzione essa annulla taluni atti, o nega l' azione in giudizio, purchè la legge non abbia riservato la pruova in contrario, e salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale.

SOMMARIO

I. Colui che allega una presunzione legale è dispensato di provare altramenti ciò che allega; ma è obbligato di provare che esiste la presunzione. Grave errore di Toullier e di antichi scrittori.

II. Le presunzioni assolute sono quelle, sul fondamento delle quali la legge pronunzia la nullità di un atto o accorda un'eccezione perentoria contro l'azione.— Tutte le altre sono presunzioni semplici.

III. La presunzione assoluta ammette la pruova contraria in alcuni casi indicati dalla legge; può ella bensì, ove non riguardi l' interesse pubblico, svanire col giuramento o la confessione di colui, in pro del quale ella esiste.

IV. La presunzione legale semplice può esser combattuta da qualunque pruova contraria, e quindi dalle presunzioni di fatto. Errore di Toullier.

I.—Il primo paragrafo di questo articolo contiene un'idea così semplice, che non merita sviluppo; ma gli scrittori antichi, e dopo loro Toullier, professano su questo punto una dottrina così falsa ed inesatta, che ci costringe a farvi sopra qualche osservazione.

Le presunzioni legali (fra le quali trovansi in primo luogo la regola *res judicata veritas*, la presunzione di verità attaccata alle sentenze, o l'*autorità di cosa* giudicata che si è applicata nel precedente articolo) dispensano colui, in vantaggio del quale esse esistono, di provare in altro modo l'idea dalla legge così stabilita. Dichiarando la legge medesima, per effetto della sua presunzione, vera l'idea, questa non ha d'uopo d'essere giustificata; essendo la presunzione legale un mezzo di pruova, non fa di bisogno aggiungervene altra.

Pertanto, benchè Toullier e i dottori da lui tolti a guida non abbiano ciò compreso, voi non potete del pari esimervi, ma siete invece tenuto a provare l' esistenza in vostro vantaggio della allegata presunzione. La presunzione, dice l'articolo, dispensa da qualunque siasi pruova *colui in vantaggio del quale esiste*; dunque provato che esista per voi, non ci vuole altra pruova. Così il possessore che può bene allegare la prescrizione non ha d' uopo provare altrimenti, che egli è proprietario; la prescrizione fa presumere, che colui che domanda oggi non ha mai avuto diritto, o vi ha rinunziato, ed in conseguenza la legge dichiara che la cosa appartiene al possessore. Ma se colui che domanda, anzichè riconoscere nega la prescrizione, allegando che manchino le circostanze volute dalla legge, bisogna innanzi tutto discutere tal quistione; nè certamente (dovendo ogni pretensione esser giustificata da chi la mette in campo) spetta a chi nega la presunzione, la pruova che non esista, ma a colui che vuole sovra di essa raffermare il suo dritto.

(1) 23 giugno 1843 (Dev. e Car., 43, II, 337).

Alla semplicità di tali idee, Toullier (X-57-59) e alcuni antichi dottori han sostituito una falsa e strana dottrina, pretendendo che il provare di non esistere una presunzione importi far prova contro di essa, e per conseguenza siffatta prova, permessa per le semplici presunzioni *juris*, è proibita per le presunzioni *juris et de jure*, in cui la pruova contraria non è ammessa; e creato questo immaginario principio, decidono non pertanto essere ammessibile la prova *per eccezione*, e perchè *è sempre permessa la difesa*.

Che imbroglio di idee, e quanto è penoso veder sorgere a regole della scienza proposizioni sì opposte al buon senso! Come mai la pruova che una presunzione non esista, importi provare contro di essa? Una presunzione che non esiste, non si può combattere...E una prova contro di essa, essendo proibita in principio, come mai sarebbe permessa per eccezione? Ove è scritta una tale eccezione? Si dice risultare dall'essere sempre permessa la difesa! Ma non è permesso difendersi se non quando si possono usare mezzi autorizzati dalla legge. Se la difesa fosse sempre permessa, anche facendo eccezione ai principî della legge, io potrei anche, stabilita la presunzione *juris et de jure*, combatterne le conseguenze; potrei pure al di sotto di 150 fr. e senza principio di pruova per iscritto, ricorrere alla pruova testimoniale; il dritto di difesa farebbe eccezione a tutti i principî che proibiscono questo o quel genere di pruova, i quali potrebbero solo applicarsi al chiedente...A prescindere da tal confusione di cui non si potrebbe venire a capo, la dottrina degli scrittori e di Toullier partorirebbe pure nella pratica la illegale conseguenza di dovere il convenuto far la prova di non esistere la presunzione, mentre ciò tocca all'attore (della pretensione che fondasi su quella presunzione).

Lasciate le idee di Toullier, Alciato, Menochio, Bartolo ed altri, e tornati alla ragione, stringiamoci alla regola del nostro articolo: può esimersi dal far pruova colui solo in vantaggio di cui *la presunzione esiste*, rimanendo sotto il governo del dritto comune il conoscere se la presunzione esista o no.

II.—Il secondo paragrafo dell'articolo stanzia le idee che si sono volute esprimere coi nomi mezzo barbari di presunzioni *juris tantum*, e presunzioni *juris et de jure* usate da tutti, e perciò anche da noi; perchè si distinguono tra le presunzioni generali legali, quelle che si possono distruggere provando che in un caso speciale la presunzione meni al falso, e quelle che non si possono combattere, e il cui effetto è invincibile.

Quali sono quest'ultime presunzioni che costituiscono quelle che si dicono *juris et de jure* ossia presunzioni assolute contrapposte alle semplici o *juris tantum*? Sono, secondo il testo, quelle sul fondamento di cui la legge annulla alcuni atti o nega l'azione in giudizio. Così dove la legge dichiara un atto nullo, perchè secondo la sua indole lo suppone fatto in frode delle sue disposizioni, non si può provare che in un caso speciale la supposizione sia falsa. Per grazia di esempio, siccome gli articoli 911, 1099, 1100 (827, 1053, 1054) dichiarano *nulla*, qualunque donazione, che si fa manifestamente al coniuge o ad un congiunto di una persona incapace di ricevere, presumendosi fatta a questa, così non sarà mai permessa la pruova che in un caso speciale la donazione fosse realmente fatta al donatario manifesto e non già al suo coniuge o al parente incapace di ricevere. Similmente, dichiarandosi dallo art. 918 (834) che qualunque vendita fatta ad uno dei successibili in linea retta senza che vi concorrano gli altri, con riserba di usufrutto o a fondo perduto è *nulla* come donazione in vantaggio dei successibili che non vi hanno consentito, perchè si presume essere una donazione, non sarà mai permessa la pruova che l'atto sia realmente una vendita. Di certo tali presunzioni della legge possono alle volte fallire; ma il legislatore per colpire con maggior sicurezza la frode quando era più a temersi, ha preferito una assoluta nullità ad un sistema che apparente-

mente più giusto, avrebbe potuto far trionfare la frode con mezzi di prova destramente procurati.

Così pure, e in ultimo luogo non può provarsi la inesattezza della presunzione, quando la legge in conseguenza di essa nega l'azione in giudizio, cioè permette che l'avversario opponga all'azione l'inammessibilità fondata sulla presunzione. Così la domanda intorno a cui si è già deciso e che sarebbe un' altra volta proposta, potendo essere rigettata con la eccezione della cosa giudicata, la presunzione di verità della cosa giudicata è una presunzione *juris et de jure* che non si può provare esser falsa in questo o in quel caso; del pari, poichè la prescrizione fa che colui che ha prescritto possa opporsi all'avversario con le parole: *Ho prescritto*, senza che si discuta del suo dritto di proprietà o della liberazione del debito, la presunzione stanziata in questo caso dalla legge è pure assoluta, è presunzione *juris et de jure*.

III.—Due eccezioni si fanno dal nostro articolo al principio, che nessuna pruova può ammettersi contro una presunzione quando sul fondamento di essa si dichiara nullo un atto, o si nega l'azione in giudizio; elle sono: 1. il caso di una riserva espressamente conceduta dalla legge della pruova contraria; 2. il caso del giuramento e della confessione giudiziale.

E sulle prime, la pruova contro di una presunzione che è assoluta nei casi ordinari, può permettersi per eccezione in un caso speciale, e sotto una speciale condizione. Così la presunzione di paternità del marito per cui in generale non si può discutere in giudizio intorno alla filiazione dei figli nati dalla moglie di lui, può esser contrastata nelle speciali circostanze indicate dagli articoli 312 e 315 (234 e 235). Ugualmente la facoltà accordata dal 2° paragrafo dello art. 2279 (2185) di rivendicare il mobile posseduto da un terzo di buona fede, ove sia stato perduto ovvero involato, e di far la pruova di esserne proprietario, si può riguardare come una pruova ammessa per eccezione, contro la presunzione generale, sul fondamento di cui il primo paragrafo di esso articolo dichiara il possessore dell'oggetto mobile proprietario per il semplice possesso, e rende quindi inammessibile qualùnque azione del precedente proprietario. Se in alcuni casi è riserbata la pruova contraria contro una presunzione che faccia negare l'azione in giudizio, non uno ne esiste in cui la si possa fare contro una presunzione che dichiara nullo un atto.

Ma la seconda eccezione non è così semplice, e in fatti è stata diversamente interpetrata. Parecchi giureconsulti opinano, che per tale eccezione il giuramento e la confessione giudiziale fossero nella mente dei compilatori presunzioni legali, contro le quali sarebbe ammessa la pruova quando pure non fosse formalmente riserbata dalla legge. Così l'articolo importerebbe sotto questo aspetto: le presunzioni per cui la legge annulla un atto, o fa che si neghi l'azione in giudizio, non ammettono pruova contraria, tranne il giuramento e la confessione giudiziale, contro cui può farsi la pruova contraria. Altri si avvisano, che il giuramento e la confessione non si tengano come presunzioni legali, e che per l'eccezione l'uno e l'altra non possono essere combattuti dalla pruova contraria, ma possono l'uno o l'altra combattere le presunzioni legali.

Cotesta opinione è abbracciata da Demante (II, 841), Bonnier (n. 668) e Zachariae (V, p. 593) e ci sembra la sola vera. Non potrebbe in vero far meraviglia che i compilatori prendano qui il giuramento e la confessione come presunzioni legali (sebbene tali non siano) poichè han così fatto nell' art. 1350-4 (1304); la seconda inesattezza sarebbe natural conseguenza della prima. Ma è impossibile che questa sia stata la loro idea, la quale se difficilmente si spiega per la confessione, è poi assolutamente impossibile per il giuramento che è posto prima. Il giuramento non ammette mai la pruova contraria (articolo 1363 (1317)): nè si trova quanto al giuramento ciò che il nostro articolo annunzia *doversi dire* più in là come ecce-

zione alla nostra regola? La impossibilità di far la pruova contraria, anzichè contraddetta nel paragrafo del giuramento decisorio (art. 1358, 1365 (1312, 1319)), vi sarebbe invece confermata.

Nell'altro sistema, riguardandosi il giuramento e la confessione giudiziale non come presunzioni assolute, ma come mezzi di combattere per eccezione le presunzioni assolute, le parole *salvo ciò che si dirà* accennano semplicemente all'articolo 1358 (1312) per il giuramento, e allo art. 1356 (1310) per la confessione. Combinando insieme i tre articoli 1352, 1356, e 1358 (1308, 1310 e 1312) esce il seguente costrutto: le presunzioni *juris et de jure* non ammettono la pruova contraria se non quando è specialmente riserbata dalla legge, ma pure posson esser annullate dalla confessione o dal giuramento (art. 1352 (1306)). Difatti la confessione fa *piena fede* senza distinzione nè restringimento di sorta contro la parte che l'ha fatto, tanto se fosse protetta da una presunzione *juris et de jure* che in qualunque altro caso (art. 1356, § 2 (1310)). Il giuramento decisorio è utilmente deferito in qualunque controversia, in qualunque circostanza e non ostante che esista una presunzione *juris et de jure* (articolo 1358 (1312)). Perchè non si lasciano qui in tutta la loro forza il giuramento e la confessione che non sono semplici pruove ordinarie, e dirette contro l'avversario, ma mezzi che fan dipendere dalla coscienza e dal libero arbitrio di quest'ultimo lo scioglimento di una difficoltà; per modo che una presunzione *juris et de jure* potrà divenire in questo caso inefficace perchè è stata annullata non da colui a cui si oppone, ma da quello medesimo pel solo vantaggio di cui era stabilita e che volentieri l'ha riconosciuto esatta?

Diciamo: « Da colui *per il solo vantaggio* di cui era stabilita » perchè di leggieri si comprende, che la legge abbandona la presunzione stabilita nel vostro privato interesse quando da voi medesimo è stata dichiarata falsa; ma non si comprenderebbe che essa facesse egualmente rimanere inefficace quella stabilita in un fine di interesse generale, e di ordine pubblico, come in primo luogo la presunzione di verità della cosa giudicata. Dunque con la distinzione fra la presunzione che riguarda l'interesse generale, e quella che riguarda l'interesse privato, si dovrà decidere, se il giuramento e la confessione possano o no far venir meno la presunzione *juris et de jure*.

IV.—Le presunzioni *juris tantum*, quelle cioè per cui non si dichiarano nulli gli atti, nè si nega perentoriamente l'azione in giudizio, possono sempre esser combattute da una pruova contraria; e con tutti i mezzi, tanto dalle semplici presunzioni di fatto, che da qualunque altra pruova, non essendo dalla legge ristretti i mezzi che in tal caso si possano ammettere.

Pure Toullier pretende (X, 63) che se la semplice presunzione di fatto può essere sempre impugnata nell'animo del magistrato da un'altra presunzione di fatto, perchè egli, potendo rigettarla, può preferirne una altra, non è così della presunzione legale, perchè il magistrato è obbligato rispettarla; e cita in sostegno d'Aguesseau, Voet e la considerazione di una decisione di cassazione dei 5 gennaro 1810. Ma vi è qui grandissima inesattezza tanto per le autorità allegate che per l'argomento su cui egli si fonda.

E primieramente, la decisione del 1810 dice soltanto, che la presunzione di dritto non può esser distrutta da presunzioni *non autorizzate dalla legge e puramente arbitrarie*, e accusa la impugnata decisione di « aver opposto alla presunzione legale *congetture leggiere, di nessun momento e smentite tutte* dalle circostanze della causa ». Secondo l'articolo 1353 (1307) si possono ammettere le presunzioni non legali purchè siano *gravi*, *precise e concordanti*; quindi le congetture *leggiere, di nessun momento e smentite dai fatti* non sono presunzioni *autorizzate* dalla legge, per cui son da rigettarsi non solo se si vuol combattere una presunzione legale, ma anche in qualunque siasi circostanza.

Il passo di Voet non è meno inconclu-

dente; egli insegna, non già che il giudice non può attingere nelle presunzioni di fatto la pruova della inesattezza speciale di una presunzione *juris* quando è permessa la pruova contraria; ma che il giudice che può volendo rigettare le presunzioni di fatto, essendo liberissimo in ogni quistione di fatto, non ha un potere assoluto nella presunzione *juris*, perchè costituisce una regola di dritto. « Siccome la presunzione *juris*, egli dice, viene dal dritto stesso, e il giudice è libero nelle quistioni di fatto, ma non nei comandamenti del dritto, così *tal presunzione è indipendente dallo arbitrio del giudice;* » *juris praesumptio... cum ex ipso jure descendat, in potestate vero judicis, facti quidem quaestio sit, non juris auctoritas*, *CONSEQUENS EST EAM AB ARBITRIO JUDICIS NON PENDERE*.

Nella sua spiegazione, allorchè nota i caratteri della presunzione legale, dice, che si tiene per vera finchè non è distrutta *probatione aut praesuntione contraria fortiore*, ma non dice che la presunzione contraria e più forte, debba esser pure una presunzione *juris*, ma solo che la presunzione *juris* è indipendente dalla valutazione del magistrato. *Consequens est eam ab arbitrio judicis non pendere.* Da ciò si vede cadere insieme e la pretesa autorità di Voet, e l'argomento, in sostegno di cui è allegata.—In fine il passo di d'Aguesseau è citato anche più a sproposito se si può. Il celebre magistrato nella sua ventesimaterza aringa dice che « la presunzione che può impugnare *quella della legge*, deve essere scritta nella legge e fondata sopra un principio infallibile ». Ma *questa presunzione della legge*, non è, come fa credere Toullier, ogni presunzione legale, ma una presunzione *juris et de jure* mentre qui parliamo delle semplici presunzioni *juris*; anzi d' Aguesseau non parla di qualunque presunzione *juris et de jure*, ma unicamente e specialmente di quella di paternità del marito riguardo ai figli nati dalla moglie. Egli, dopo di avere immorato sulla forza della presunzione della paternità ed aggiunto che delle volte si può ammettere una pruova contraria dice: « ma qual pruova è permesso potersi opporre?... » Segue la risposta riprodotta da Toullier (che le toglie il suo vero senso, poichè rende universale una idea rigorosamente speciale), e poi d'Aguesseau continua: « due eccezioni vi hanno alla regola generale, fondate sull'impossibilità fisica e certa. Quindi le due pruove che si possano opporre alla presunzione sono: la lunga assenza del marito, la impotenza... » Come mai si è potuto allegare un tal passo da Toullier? Come non ha egli scorto che ciò che è verissimo per la presunzione assoluta di paternità del marito; sarebbe falsissimo, applicato ad ogni presunzione assoluta, ed anche più alle presunzioni semplici? Come non ha egli compreso che le linee da lui citate troncando le parole di d'Aguesseau e alterandone il pensiero, bastano per sè sole a dimostrare, che l' idea è vera in un caso speciale, e sarebbe falsa come regola generale? In quelle linee si dice che la presunzione potrà solo venir meno in faccia a qualche cosa di *infallibile!* Questa sola parola avrebbe dovuto avvertire Toullier che andava errato; perchè se la presunzione di paternità non può venir meno che con una pruova *infallibile*, con la prova della *impossibilità* della coabitazione, non è sempre così, nè potrebbe rendersi generale l'idea che la prova sia infallibile.

La citazione come è fatta da Toullier, provando troppo, nulla provava, perchè importerebbe che la presunzione legale *juris tantum* non può esser combattuta nè da presunzione di fatto, nè da altre presunzioni legali, e neppure dalla maggior parte delle pruove positive dirette; ma solo da quelle pruove (certamente rarissime) che danno un risultamento *infallibilmente* certo.

In breve Toullier qui ha confuso due quistioni che dovevansi accuratamente distinguere: 1. Può il giudice rigettar una presunzione *juris* senza che alcuna pruova sia contro essa diretta, non trovandola concludente, e sembrandogli contraria alle

regole della ragione o ai precetti della esperienza? Qui si risponde *no*, perchè il giudice sostituirebbe la sua ragione a quella della legge, e la presunzione *juris* essendo una regola di dritto, e non un punto di fatto, *ab arbitrio judicis non pendet*. 2. Può il giudice ammettere presunzioni di fatto come mezzi di pruova contra una presunzione *juris*, come elementi che debbano convincerlo che la presunzione *juris*, legalmente vera in generale, sia inesatta in un caso speciale? Bisogna dire *di sì*, poichè la presunzione *juris* ammette la pruova contraria senza che se ne distingua il genere, e le presunzioni di fatto sono una delle specie di pruova ammesse dal Codice.—Ciò che qui diciamo della presunzione *juris*, si applica pure a quella *juris et de jure* nei casi eccezionali in cui la legge ammette non il tal genere speciale di pruova, ma qualunque sorta di pruova contraria.

§. 2.—*Delle presunzioni che non sono stabilite dalla legge.*

1353 (1307).—Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, son rimesse alla dottrina ed alla prudenza del magistrato il quale non dee ammettere se non presunzioni gravi, precise e concordanti, e solamente ne'casi ne' quali la legge ammette la pruova testimoniale; purchè però l'atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo.

SOMMARIO

I. Massima importanza di quest'articolo che innalza a pruova legale la semplice probabilità.—Le tre qualità che si richiedono per le presunzioni, si racchiudono nella prima, e basta una sola presunzione, se è abbastanza grave. Errore di Toullier. L'estimazione della gravezza è affidata al giudice del fatto. Ma non è così del divieto di ammettersi le presunzioni, allorquando è inammissibile la pruova testimoniale.

II. Cattiva redazione dell'ultima parte dell'articolo, che farebbe credere che la pruova testimoniale non è sempre ammessa in caso di frode.

I.—Importantissima è cotesta disposizione, e acciocchè non si perda mai di mira, bisogna profondamente imprimersi nell'animo. Essa innalza a pruove legali, per tutti i casi in cui è ammessa la prova testimoniale, le semplici congetture del magistrato, le semplici probabilità che può egli cavare dalle deposizioni dei testimonî o dalle varie circostanze della causa. Il dire che deve provare la domanda quegli che la propone, sia attore o convenuto, non deesi intendere rigorosamente ove può ammettersi la prova testimoniale, poichè si potrà o per mezzo di testimonî, o argomentando da tal fatto o da tal circostanza, render soltanto probabile nell'animo del giudice la verità di ciò che si allega.

Così, gli è vero che voi dovete sempre pruovare la vostra domanda, ma nel linguaggio della legge, la pruova è spesso una semplice verosimiglianza, una pura probabilità.

Il giudice, dice l'articolo, deve ammettere soltanto le proposizioni gravi, precise e concordanti; ma per la stessa natura delle cose tal proposizione di cui le tre qualifiche si riassumono al postutto nella prima, e che è una raccomandazione di fatto, anzichè un precetto di dritto, non è nè può essere così severa come sembra da principio.

E primieramente, non sembra dubbio, non ostante che Toullier (X, 20, 22) si affatichi molto a provare il contrario, non doversi richiedere una *concordanza* di presunzioni. Se varie sono le presunzioni, gioverà che concordino fra loro; ma se fosse una sola, come spesso può avvenire, sarebbe impossibile la concordanza. E po-

tendo avvenire che una sola presunzione sia molto più grave di altre molte riunite e concordanti fra loro, sarebbe contraddittorio che il giudice potesse deliberarsi per le molte presunzioni che riunite e concordanti diano un certo grado di gravezza, e non lo potesse poi per una presunzione, isolata sì, ma di maggior gravezza. Era ben naturale il richiedere il concorso di parecchie presunzioni quando si volevano per la pruova testimoniale più testimoni; ma oggi che la regola *testis unus testis nullus est*, grazia a Dio è rigettata dalle nostre leggi, oggi che i testimoni debbono valutarsi e non contarsi, non potrebbe esser altrimenti per le *presunzioni*, e quindi la parola *concordanti* debbe ritenersi come gettata a caso. Toullier sempre erra stranamente, dicendo (n. 20) esser questa una idea nuova introdotta dal nostro legislatore come un progetto voluto dalla prudenza, perchè essa presentata un tempo da Danty (sopra Boiceau, cap. 7, § 62), e dallo stesso Pothier (n. 816) è invece una delle vecchie massime cui il tempo ha fatto necessariamente cadere insieme con la regola *testis unus* da cui derivava.

Le presunzioni debbono essere gravi e *precise*, val dire, o coesistano in un medesimo affare o si riguardino isolate, *concludenti* e non così vaghe e leggiere da non poterne cavare alcuna ragionevole probabilità! La presunzione, ovvero la riunione delle presunzioni deve essere così grave, così forte da ingenerare la probabilità; la legge non può avere altro senso; siccome non si possono stabilire i gradi della gravità nè in una regola generale, nè in ciascuno degli oggetti a cui la regola si dovrebbe applicare, la è questa una quistione di fatto, una stima di circostanze che dee fare il magistrato, per cui non si potrebbe violare una legge e quindi ricorrersi alla Corte suprema. Le decisioni formali della Corte suprema, non che la dottrina degli scrittori riconoscono cotesta verità, sebbene una parte dei motivi della decisione di cassazione dei 10 gennaro 1810, riferita sotto il precedente articolo, sembra contrastarla (1).

Non è così della regola che vieta di ammettere le presunzioni dell'uomo quando non è ammessa la pruova testimoniale. È questa una regola di dritto, non un punto di fatto, e la Corte suprema dirittamente cassava una decisione di Montpellier da cui era stata contrastata (2).

II.—Le presunzioni dell'uomo non sono ammessibili, secondo il nostro articolo, che quando è ammessa la pruova testimoniale, *tranne che* l'atto non sia impugnato per frode o dolo. La quale espressione, se fosse esatta, varrebbe che il caso di frode renda le presunzioni ammessibili, quand'anche non lo sia la prova testimoniale, il che supporrebbe che questa non sia sempre ammessa in caso di frode. Ciò sarebbe un errore, e bisogna dire che la fine dell'articolo è mal redatta.

Poichè la frode può sempre provarsi, conforme il nostro articolo, con semplici presunzioni di fatto, ella può anche, e con più ragione, provarsi con testimoni, perchè se essa può provarsi con la semplice probabilità, *a fortiori* deve esserlo con una prova positiva e propriamente detta. Ma a prescindere da tale argomento, non è seriamente controvertibile tal punto sebbene sia stato messo in dubbio, poichè la frode è uno dei casi in cui non si può avere una pruova scritta, e quindi dev'essere ammessa la pruova testimoniale secondo l'art. 1348 (1302). Da ultimo, se dubbi potessero rimanere su tal verità, e sulla inesattezza del nostro articolo, i lavori preparatori li toglierebbero del tutto; essendo stato chiaramente spiegato dagli oratori del Governo e del Tribunato, che la frode può sempre provarsi con testimoni. « Si deve avvertire, dicevano i primi, che il divieto della prova testimoniale

(1) Duranton (XIII-532); Bonnier (n. 644), Zachariae (V, p. 755); Rig., 27 aprile 1830; Rig., 1 febbraro 1832; Rig., 20 dic. 1832 (Dev., 30, 1, 186; 32, 1, 139; 33, 1, 344).

(2) Montpellier, 31 maggio 1814; Cass., 1 maggio 1815.

non estendesi nè ai casi di frode, nè... » L'altro diceva : « La frode e il dolo non si presumono mai, ma chi li allega dev'essere ammesso *a provarli con testimoni*. Dappoichè, se la frode non si presume, coloro che la commettono usano tutti i mezzi affin di nasconderla. È richiesto dunque dalla pubblica morale *che in questa materia si ammetta la pruova testimoniale* » Fenet, tom. XIII, pag. 303 e 403).

SEZIONE IV.

DELLA CONFESSIONE DELLA PARTE.

1354 (1308). — La confessione che si oppone contra una parte, è stragiudiziale o giudiziale.

1355 (1309).—È inutile l'allegare una confessione stragiudiziale semplicemente verbale, ogni qual volta si tratti di una domanda di cui la pruova testimoniale non sarebbe ammessa.

1356 (1310). — La confessione giudiziale è la dichiarazione che fa in giudizio la parte o il suo special procuratore.

Essa fa piena pruova contro colui che l'ha fatta.

Non può scindersi in di lui pregiudizio.

Non può rivocarsi, quando non si provi che essa fu la conseguenza di un errore di fatto.

Non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di dritto.*

SOMMARIO

I. La confessione e il giuramento sono anche pruove efficacissime, e non già semplici presunzioni. Dottrina di Zachariae. Censura dell'art. 1350 (1304).

II. Definizione della confessione. Ella è giudiziale. Condizioni, effetti e ritrattazione della confessione giudiziale.

III. Di quella stragiudiziale.

I.—Se come pruove si possono avere le deposizioni di terze persone intorno a ciò su cui due parti contendono, con più ragione debbono ritenersi come pruove le dichiarazioni fatte da una delle parti medesime in vantaggio dell'altra, purchè siano sincere.

Zachariae censura il Codice per aver posto fra le prove la confessione, e pretende esser contrario alla buona logica (V, p. 588) il riguardare come pruova la confessione di una parte, poichè questa dispensa da ogni pruova e vieta che il giudice ne richieda alcuna. Ma che importa questo argomento? Quando ho fatto sentire le deposizioni dei testimonî, dalle quali vien provato chiaramente ciò che io allego, non sono quindi dispensato di fare altra pruova? Quando io presento una scrittura che abbia tutte le condizioni volute, e che pienamente comprovi la mia domanda, può forse il giudice richiedere altra pruova? Si dirà per ciò, che la pruova testimoniale e le scritture non sieno pruove? Io non debbo pruovare in altro modo la mia domanda, quando è giustificata dalla

* Massime della C. S. di Napoli:

— Può rivocarsi la confessione giudiziale quando sia la conseguenza di un falso supposto, ma non mai dall'erede o dal donatario, il quale deve stare al fatto del defunto. 13 aprile 1820.

— La confessione giudiziale non toglie all'avversario il dritto di provare contra una parte di essa, quando non tutti i fatti confessati sieno ammessi. 9 giugno 1849.

— La confessione si può scindere quando i fatti enunciati nella medesima non sono connessi, nè coevi di origine, e sono pur d'indole diversa. 1 agosto 1850.

— Il magistrato non può, senza esaminare la pruova fatta dagli attori, giudicare secondo la confessione del convenuto. 13 luglio 1852.

confessione del mio avversario, appunto perchè provata dalla confessione, ed eziandio perchè questa è la maggiore delle pruove, fa piena fede secondo la legge (articolo 1356 (1310)), e il giudice quindi non può altro domandare. Provare non importa forse giustificare ciò che si domanda? La confessione del mio avversario giustifica la verità della domanda, dunque è una pruova: dippiù i nostri antichi scrittori, anzichè escludere la confessione dal numero delle pruove, la dicevano invece la pruova *più forte*, *probatio probantissima*.

Diciamo il medesimo delle presunzioni legali, di cui la classificazione fatta dal Codice non piace nemmeno a Zachariae (*p. 581*) ; *poichè* esse sono mezzi onde *colui che le allega* prova legalmente il suo assunto, e sono perciò pruove legali.

Così non bisogna allontanarsi dalle denominazioni adottate dai compilatori, non che dallo stesso Pothier. Son così molti i *vizi di* redazione che s'incontrano nel Codice, che non bisogna renderlo in colpa di siffatti. Fra i quali vizi notammo già quello dell'art. 1350-4° (1304), che fra le presunzioni legali pone la confessione e il *giuramento*, mentre esse non son pruove per *semplici presunzioni*, ma pruove propriamente *dette*, più forti anzi delle altre. Si dirà forse che la confessione è una *presunzione* perchè la pruova risulta dal *presumere* la legge che quella sia conforme al vero? Ma da un lato, la confessione non sarebbe la presunzione, ma soltanto la base, come il matrimonio dell'uomo con la donna che si è sgravata è il fondamento della presunzione della paternità di quello: la confessione non sarebbe una presunzione nell'un caso, come il matrimonio non lo è nell'altro. Dall'altro lato, se la confessione divenisse una presunzione perchè si *presume* conforme al vero, la pruova *testimoniale*, che è probante appunto perchè *si presume* del pari conforme al vero, sarebbe pure una presunzione; e le scritture che pruovano del pari, perchè si presumono aver riferito il vero, sarebbero pure presunzioni!... In questo sistema tutto sarebbe presunzione, e non si parlerebbe più di pruova. Di certo, nelle materie giuridiche, non si giungerà mai alla certezza assoluta, alla dimostrazione rigorosa come nelle scienze fisiche, e più nelle matematiche. Bisogna prender le cose quali sono, e contentarsi della natura di pruova di cui sono capaci: si chiamano *pruove* le induzioni che menano ad una convinzione e partoriscono una certezza morale; *presunzioni* quelle che producono una semplice probabilità.

Stante la contraddizione in cui sono i due art. 1316 e 1350-4° (1270 e 1304) ci attenghiamo alla idea del primo, riprodotta dagli articoli sopra citati, i quali fan due speciali sezioni della confessione e del giuramento, invece di trattarne nelle suddivisioni della sezione *delle Presunzioni*. La confessione e il giuramento son pruove, e son poste alla fine della materia, perchè meno frequenti.

II. — In generale dicesi confessione il riconoscere vero ciò che si allega contro di noi; ma, come vedremo, la parola ha nella legge un senso *lato*, mentre qui ne ha uno più determinato e ristretto.

E sulle prime, vi è confessione nel senso della legge quando si riconosce un fatto, non già quando s'interpetra un punto di dritto, perchè dichiarando che una regola legale debba intendersi in un modo, non se ne potrebbe mutare il senso e l'intendimento. La dichiarazione pruova che il litigante la intendeva in quel modo; ma non dovendosi la regola applicare secondo lo avviso di lui, la sua dichiarazione non potrebbe diventare una pruova, nè impedire che si discutesse una quistione di dritto. Ciò fu riconosciuto dalla Corte Suprema agli 8 ag. 1808.

La dichiarazione deve dunque versare sopra un fatto. Ma oltre a ciò, perchè sia una confessione e quindi una pruova irrefragabile, deve esser fatta maturamente, con cognizione di causa, e con lo intendimento di esimere la parte avversa da qualunque altra pruova. Non sarebbero confessione legale, riconoscenza che renda certo e costante il fatto, quelle proposizioni che si son potute dire con maggiore

o minore leggerezza, le quali, se posson diventare argomenti più o meno forti a comprovare la verità del fatto, ovvero anche di se sole dar luogo alle presunzioni dell'uomo, e ingenerare la probabilità di cui parlammo sotto l'art. 1353 (1307), non possono essere una pruova rigorosa nè costituire la confessione. Spetta al giudice del fatto il valutare le circostanze nelle quali è stata fatta la pretesa confessione legale. Questi punti sono del pari stanziati dalla Corte suprema (1).

La confessione adunque deve definirsi: la dichiarazione con cui una persona positivamente riconosce un fatto da doversi avere come avverato rispetto a lei.

La confessione è giudiziaria e stragiudiziaria (art. 1354 (1308)). Il Codice spiega soltanto gli effetti della prima; vedremo se e fino a qual punto i principî di essa sieno applicabili all'altra.

La confessione giudiziale è, secondo lo art. 1356 (1310), quella che fa in giudizio la parte o il suo procuratore speciale. Deve farsi o alla stessa udienza o in uno interrogatorio sopra fatti ed articoli (Codice di procedura, art. 1324 (1278) e seguenti), o almeno essere scritta in un atto regolare di procedura. Ma deve anche farsi durante la istanza nella quale la parte contraria se ne vuol giovare?

Merlin (*Quist.*, alla parola *Confessione*) e Zachariae (V, p. 596) insegnano di sì. Ma il primo non vi fa sopra alcuna considerazione, e cita soltanto alcune autorità che sembrano inconcludenti; Zachariae, senza allegare alcuna autorità, pone come un principio per se stesso evidente il punto che Merlin ritenne come quistione.

A noi sembra, al contrario, che un fatto che è tenuto per vero da Pietro in una causa contro di Paolo, non si dovrà mai provare da quest' ultimo in qualunque altra causa contra il primo, perchè il medesimo fatto non può esser vero nell'una e falso nell'altra. La opinione di Voet, che è la principale autorità allegata da Merlin, seconda e non avversa la nostra dottrina, perchè egli nota solo come una concessione che gli avversarî di essa dottrina sarebbero sempre costretti di fare, che almeno la confessione fosse anche una grave presunzione nella seconda istanza; avvisandosi che la confessione fa pruova *tanto* nella seconda che nella prima istanza: *in uno judicio civili facta* ETIAM PROBAT IN ALIO *inter easdem personas*. Due decisioni, una del Gran Consiglio di Molines ricordata da Merlin, l' altra dalla Corte di cassazione citata da Zachariae (2), sembra che del pari ammettono implicitamente la regola, perchè negano effetto alla confessione, la prima, perchè essa era *tale*, che la prima sentenza non *vi si riferiva affatto*, l'altra, perchè la confessione non *aveva alcuna relazione al litigio* intorno a cui si doveva sentenziare.

Checchè ne sia, la confessione rende peggiore la condizione di chi la fa, e *può* fargli perdere la causa, onde può validamente farsi da chi è capace di disporre di ciò che forma l' oggetto della lite.—Non sarebbe dunque efficace la confessione di un minore, di un interdetto, o della donna maritata non debitamente autorizzata dal marito o dal magistrato a stare in giudizio; autorizzata, è capace; e quindi può fare confessioni senza una autorizzazione speciale non richiesta dalla legge (3). Per l'opposito, il semplice procuratore, secondo la formale disposizione dell'articolo 1356 (1310), può fare efficaci confessioni in forza di un mandato speciale; quello di litigare non contiene quello di confessare: così parimente il procuratore speciale *ad lites*, il patrocinatore: se non che, siccome la sua qualità di ufficiale pubblico istituito *ad hoc* fa presumere non aver fatto la confessione senza il debito mandato, questa vien meno ove il cliente provi, con la disapprovazione, non avergli conferito il mandato (Codice di proc., art. 352 (444) e seguenti). Il

(1) Rig., 3 giugno 1829; Rig, 23 febbraro 1836 (Dev. e Car., 36, I, 603).

(2) Rig., per una decisione conforme di Grenoble, 4 agosto 1840 (Dev., 40, I, 903).

(3) Rig. per una decisione della Corte di Agen, 22 aprile 1828.

patrocinatore solo rappresenta la parte in giudizio; quindi la confessione dell' avvocato sarebbe senza alcun valore, ma se il patrocinatore che assiste l'avvocato, non ritratta la di costui confessione, tacendo la fa sua, e allora con la sola disapprovazione si può distruggerne l'effetto (1).

Avendo discorso delle condizioni della confessione giudiziaria, trattiamo dei suoi effetti e della sua ritrattazione.

Essa, secondo l'art. 1356 (1310), fa piena fede contro chi l'ha fatto o da sè stesso *o per mezzo di un procuratore con le condizioni* da noi indicate. Ma potendo la confessione esser semplice o composta, è quistione se l'ultima può scindersi da chi si allega.

La confessione è semplice se si riconosce il fatto allegato senza modificazioni nè aggiunzioni; è composta se si riconosce il fatto allegato accompagnandovi altri fatti che lo modificano o ne alterano o annullano le conseguenze. In quest'ultimo caso chi vuol giovarsi della confessione, può egli scindere la dichiarazione prendendone il fatto principale e non tenendo ragione degli altri? Berruyer, Henrys, Voet, Merlin ed altri scrittori hanno a lungo trattato la *quistione che oggi* si risolve con una semplice *distinzione*.

La confessione è indivisibile, e necessariamente deve prendersi tutta insieme quando il fatto che contesta, si riferisce intimamente a quello allegato dalla parte avversa. Così quando il latore di un biglietto, tuttochè riconosca non essere reale la causa indicatavi, afferma averne un'altra, la sua dichiarazione non potrebbe scindersi, e lo avversario deve soddisfarlo, tranne se provi, altramenti che colla confessione, che il preteso credito non abbia nè l'una nè l'altra causa. Similmente, quando il preteso debitore d'una somma confessa che la doveva, ma che l'ha pagato, non si potrebbe scindere la sua confessione; l' attore soltanto, ove provi in altro modo il debito, porrebbe il convenuto nel caso di pagare o di provare la liberazione. Cotesta regola espressa chiaramente nella esposizione dei motivi, e nel rapporto al Tribunato (Fenet, XIII, pag. 367, 405) è stanziata da molte decisioni (2). — Diciamo che quegli, la cui domanda non è giustificata dalla confessione presa tutta insieme, ha il diritto di provarla in altro modo. Infatti, non si *scinde* una confessione abbandonandola *del tutto,* e facendo la pruova con altri mezzi; nè si comprende come, innanzi la Corte Suprema, siasi potuta impugnare una decisione per aver violato la indivisibilità della confessione, quando la prova del fatto non risultava dalla confessione della parte; ma questo mezzo, come era naturale, fu rigettato (3).

Al contrario, la confessione, o per dir meglio la *dichiarazione* potrà perfettamente scindersi se i due fatti, di cui costa, non hanno fra loro alcun intimo e naturale legame; come se io pretendo avervi dato in prestito 500 fr. e voi dichiarate averli ricevuto, aggiungendo essere compensati da una ugual somma dovutavi da me per questa o quella causa. Allora ciò che dite in secondo luogo, è indipendente dall' oggetto della confessione, e non ne fa parte, e quindi la confessione sta tutta nella prima parte, dunque non si scinde la confessione separandone le due parti. Quest'altro punto è, come il primo, sanzionato dalla giurisprudenza (4).

(1) Rig. per una decisione di Riom, 16 marzo 1814. — Rig., per una decisione di Rouen, 9 *aprile* 1838 (Dev., 38, I, 442). La prima delle citate *decisioni* par dica che bisogna allora disapprovare *l'avvocato*. Sarebbe questo un errore; l'ufficiale *ministeriale* è il solo che può essere disapprovato. — Sentenza del parlamento di Parigi, del 14 febbr. 1739; sentenza del parlamento di Bretagna, 20 marzo 1763; Toullier (X-258); Bonnier (n. 246); Zachariae (V, p. 599), ec. ed anche la sentenza del 1838 riconosce a ragione che la confessione dell'avvocato non ha avuto valore, poichè egli avea ritrattato all'udienza e senza alcuna formalità.

(2) Cass., 8 dic. 1817; Cass., 30 agosto 1821; Cass., 4 dicembre 1827; Rig., 10 gennaro 1832; Rig., 6 nov. 1838; Rig., 8 giugno 1842 (Dev., 32, I, 90; 43, I, 892; 42, I, 844); Cass., 23 maggio 1841, 14 aprile 1852, 25 aprile 1853 (J. P., 1852, t. I, p. 39; 1854, t. II, p. 87); Parigi, 20 febbr. 1852 (J. P., 1854, t. II, p. 285).

(3) Rig., 21 mag. 1838 (Dev. e Car., 42, I, 37).

(4) Rig., 14 genn. 1824; Rig., 23 dicembre 1835; Douai, 13 mag. 1836; Rig., 6 febbraro 1838 (Dev. e Car., 36, II, 450; 38, I, 108).

Del resto, essendovi parecchie confessioni relative ad oggetti distinti, si può bene allegare una o più di esse tralasciando le altre. Similmente, il principio della indivisibilità della confessione non impedisce che colui il quale allega il fatto confessato, provi (o colle presunzioni legali, o colle scritture, o coi testimoni quando è ammessa la pruova testimoniale) che sieno false le dichiarazioni accessorie con cui l'avversario nella sua confessione ha voluto modificare o distruggere le conseguenze del fatto. La indivisibilità importa che la confessione non possa scindersi a piacere dell'avversario, ma non già assolutamente; io non posso, prendendo come provate le parti che mi giovano, respingere, *per la sola mia volontà*, le altre che mi nocciono; ma lo posso, *provandole inesatte*, come voi medesimo potete distruggere la vostra medesima confessione provandola inesatta ed erronea. Questo punto è medesimamente riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

Non fa mestieri aggiungere che la confessione resta inefficace: 1° quando essa dovrebbe far perdere un dritto a cui non si può rinunziare; 2° quando versa intorno a fatti che la legge vieta di confessare; 3° quando si è in un caso in cui qualche disposizione speciale della legge dichiara che la confessione non farà pruova (*Ved.* art. 870 (948), Cod. di proc.).

Eccoci ora alla ritrattazione della confessione giudiciaria.

La forza probante di una confessione, checchè si abbia potuto dire, è indipendente dall'accettazione dell'altra parte, e noi teniamo quindi come erronea la opinione, ricreditata nella pratica, ed ammessa pure da varî scrittori, massime da Bonnier (n. 249) e Poujol (n. 21), che la confessione può, in principio, esser ritrattata finchè non ne sia dato atto alla parte avversa. Che cosa può importare il concorso della mia e della vostra volontà per conoscere se sia o no vero il fatto allegato da me contro di voi? Si tratta qui forse di un contratto? La verità o falsità di un fatto si stabilisce forse con una convenzione, col concorso delle volontà? Riconoscete vero il fatto; non ci vuole altro: il domandare atto di tal vostra dichiarazione non può fare che un fatto vero divenga falso, nè che vero divenga uno falso. Indarno Bonnier fa avvertire che Pothier definiva la confessione giudiziaria: « quella fatta da una parte innanzi il giudice, e *di cui questi dia atto* ». Tale osservazione si rivolge contro gli avversarî, poichè i compilatori del Codice, che ben conoscevano quella definizione, anzichè riprodurla, dissero nel paragrafo 1 dell'art. 1356 (1310), che la confessione giudiziaria (che secondo Pothier esisteva, quando si era dato atto *della dichiarazione*) costa oggi della sola *dichiarazione che fa la parte*. Tal confessione che non è bisogno sia accettata, potrà essere rivocata, finchè non lo sia stata? No; perchè secondo ragione e insieme secondo il quarto paragrafo dello stesso art. 1356 (1310) la confessione può esser soltanto revocata, ove se ne provi la inesattezza. Or che importa, quanto al vostro errore sul fatto confessato, se io abbia o no domandato atto? Con molta ragione adunque i nostri articoli non dicono qui ciò che più in là sarà detto dallo art. 1364 (1318) per il giuramento decisorio; e diciamo con Solon (Aggiunzioni al *Saggio* di Gabriel) e Zachariae (V, p. 600), che la confessione non si può rivocare perchè non sia stata accettata; ma ciò non toglie che giovi domandarne atto, acciocchè se ne abbia una pruova regolare.

La confessione, come si è detto, può esser solo rivocata da chi l'ha fatta provando che sia stata prodotta da un errore *di fatto*, ma non già da un errore *di dritto*. Che cosa importa che abbiate saputo, o no, che il fatto dovea partorire queste conseguenze legali, e come mai si potrebbe cancellare la vostra confessione perchè voi non sapevate che il tal fatto partoriva la

(1) Bourges, 4 giugno 1825; Parigi, 6 apr. 1829; Rig., 10 gennaro 1832 (Dev., 32, I, 90); Ric., 15 nov. 1853 (J. P., 1855, t. II, p. 40); 28 luglio e 18 agosto 1854 (J. P., 1856, t. I, p. 257).

tale vostra obbligazione? Essendo esatta la confessione, vero il fatto, non si richiede altro.

III.—Le regole spiegate, conformi ai principî di ragione e di equità naturale, si applicano in principio a qualunque sorta di confessione. Quindi la stragiudiziale, al pari della giudiziale, dovrebbe far prova piena contro il suo autore, il quale non può altrimenti rivocarla che colla pruova di essere stata prodotta da un errore di fatto, come nè l'avversario può scinderla. Ma dall'altra mano, tutto sta nello arbitrio del giudice del fatto riguardo alla confessione stragiudiziale, che non si fa in quelle solenni circostanze che garentiscono la sua efficacia, per cui il legislatore non ha voluto fare alcuna regola di dritto delle sopra esposte idee. La sua decisione potrebbe contenere un mal giudicato da correggersi in appello, ma non violazione di alcuna legge, poichè nissuna ve ne ha sul proposito. Ciò dirittamente è stato deciso dalla Corte di cassazione (1).

Il Codice stabilisce una sola regola di dritto, che è conseguenza dello articolo 1341 (1295); cioè se colui che allega una confessione, non potendo per iscritto, è costretto provarla con la pruova testimoniale, non potrà questa ammettersi che quando dirittamente si potrebbe in quel modo provare il fatto che ne è l'oggetto (articolo 1355 (1309)). Difatti se si potesse con testimonî provare una pretesa confessione di fatti, che così non potrebbero provarsi, sarebbe stato illusorio il divieto, poichè si sarebbe potuto far deporre i testimonî (che si suppongono procacciati) tanto sulla pretesa confessione di un fatto, che sullo stesso fatto preteso.

Del resto crediamo erronea la pretesa regola (insegnata da Merlin, *Quist.*, alla parola *Confessione*, § 4) ed applicata dalla sopraríferita decisione di cassazione dei 30 aprile 1831, che una confessione stragiudiziale, per rinnovarsi che si faccia in giudizio, si muti in giudiziale; per cui vien meno la prima qualità, e si toglie così al giudice l'arbitrio soggettandolo ad una necessaria applicazione dell'art. 1356 (1310). Una confessione fatta in giudizio nel 1840 fa sì che più non esista quella fatta fuori giudizio nel 1838? Non è chiaro invece che vi sono allora due confessioni, e che i magistrati quindi son liberi di non servirsi della seconda attribuendo alla prima le conseguenze che può produrre? Ci sembra dunque erroneo cotesto preteso tramutamento, e infatti è rigettato da altre decisioni, specialmente da quella di rigetto sopraccitata dei 10 dicembre 1839 (2).

SEZIONE V.

DEL GIURAMENTO.

1357 (1311).—Il giuramento giudiziale è di due specie:

1° quello che una parte deferisce all'altra, per farne dipendere la decisione della causa; e chiamasi decisorio:

2° quello che vien deferito dal giudice *ex officio* all'una o all'altra parte.*

(1) Rig., 29 febbr. 1820; Cass., 30 aprile 1821; Rig., 10 dicembre 1839 (Dev., 40, 1, 467).

(2) Orléans, 7 maggio 1818; Borbone, 26 maggio 1838; Rig., 10 dic. 1839 (Dev., 40, 1, 467).

* R. 19 marzo 1835. — Approvo il parere uniforme delle Consulte delle due parti del Regno che: — il giuramento decisorio deferito o riferito fra le parti in lite fa piena fede in modo da farne dipendere la decisione; sì che non è permesso di disputare ulteriormente sul fatto giurato, nè d'impugnarsi in alcun modo neppure con querela di falso; — il giuramento deferito dal giudice per contrario è un mezzo permesso al giudice di adoperare sotto talune condizioni espresse dalla legge stessa. E però concordemente hanno opinato esser la sentenza che ordina il giuramento decisorio diffinitiva, a differenza della sentenza con cui il giudice deferisce il giuramento suppletorio, la quale non liga la coscienza del magistrato (art. 135 e 313 p. c.) ed è essenzialmente interlocutoria.

— Deferito il giuramento decisorio, non è lecito ordinare altri mezzi d'istruzione. C. S. di Na-

I.—Il giuramento è un atto civile e religioso, con cui si chiama Dio testimone della verità di ciò che si dice e della sincerità di una promessa.

Sebbene di ordinario si presta il giuramento levando la mano destra al cielo nel profferire le parole *Io giuro*, non si potrebbero però astringere a tale usanza quelli cui le proprie credenze vietino di giurare e che ammettono solo si affermi in anima e in coscienza come i quacqueri. La costituzione che stabilisce la libertà di religione, e la uguaglianza politica dei culti (articolo 7), meglio ancora della Carta precedente (art. 5 e 6), non potrebbero farne menomamente dubitare, e così è stato giudicato sin dal 1809 e 1810 (1). Ma possono forse obbligarsi a prestare il loro giuramento con peculiari formalità coloro che per il loro culto ammettono un giuramento più solenne, e con maggiori formalità di quelle che è solito praticarsi, come p. e. gli Ebrei.

Quasi tutti gli scrittori rispondono di sì (2), non così noi. La loro opinione non è contraria alla libertà di coscienza, come delle volte si è detto malamente, dappoichè si vuole far prestare il giuramento secondo i riti della propria religione; ma ci sembra contraria allo spirito della legge, per cui si è voluto stabilire per tutti una regola uniforme, quando non vi osti la propria religione.

Che cosa importa se il giuramento abbia una maggior forza religiosa con questa o quella formalità; poichè qualunque sia la forma con cui si chiama Dio testimone della propria sincerità, esso avrà sempre il suo carattere religioso. Si *permetta* che l'Ebreo giuri *more judaico*, ma non si *pretenda* ciò, ove egli è pronto a giurare secondo l'ordinario; sarebbe il medesimo che pretendere dal cristiano il giuramento su' santi vangeli.

In questo senso la quistione, risoluta variamente da molte decisioni, è stata decisa dalla Corte suprema che ha cassato una decisione contraria della Corte di Colmar, e dalla Corte di Besansone, a cui fu rinviata la causa (3).

II.—Il giuramento è giudiziale o stragiudiziale. Il primo è quello che si deferisce in giudizio nel corso della lite; e come il giuramento stragiudiziale, è promissorio o affermativo, secondo che voglia assicurare che siasi attenuta una promessa (come quello dei testimoni), ovvero garentire che sia sincero ciò che si dice.

Il giuramento giudiziale affermativo di cui solo dobbiamo occuparci, è di due specie: 1. Il giuramento *decisorio o litidecisorio* che una delle parti deferisce all'altra per farne dipendere la decisione: 2. Il giuramento suppletorio che il giudice deferisce all'una o all'altra delle parti, acciocchè la pruova si renda più piena. La legge ne tratta successivamente in due paragrafi.

poli, 3 febbr. 1838.

— Non debbe essere ammesso il giuramento decisorio allorquando siasi deferito in modo, che non ne dipenda la decisione della causa. C. S. di Napoli, 14 giugno 1851.

(1) Bordeaux, 14 marzo 1809; Rig., 28 marzo 1810.

(2) Specialmente Merlin (*Quist.*, alla par. *Giuramento*); Toullier (X-342); Favard (alla par. *Pruova testim.*, sez. 1, § 4); Duranton (XIII-593); Bonnier (n. 388); Zachariae (V, p. 610).

(3) Per il giuramento *more judaico*; Nancy, 15 luglio 1808; Turin, 15 giugno 1811; Colmar, 5 mar. 1815; Colmar, 18 gennaro 1818; Pau, 11 mag. 1830; Colmar, 12 maggio 1841; Algeri, 18 giugno 1845; — Per il giuramento ordinario: Turin, 22 febbr. 1809; Rig., 19 maggio 1826; Nimes, 10 genn. 1827; Nimes, 17 giugno 1827; Rig., 12 ag. 1828; Aix, 13 agosto 1829; Cass., 3 marzo 1846; Besansone, 15 genn. 1847 (Dev. e Car., 31, II, 150; 42, II, 493; 46, I, 193 e II, 138; 47, II, 142).

§ 1.—*Del giuramento decisorio.*

1358 (1312).—Il giuramento decisorio può esser deferito sopra qualsivoglia specie di controversia.*

1359 (1313).—Non si può deferire, fuorchè su di un fatto personale alla parte cui vien deferito.

1360 (1314).—Può deferirsi in qualunque stato si ritrovi la causa, ed ancora quando non esista alcun principio di pruova della domanda o della eccezione sulla quale il giuramento si domanda.**

SOMMARIO

I. Da chi, a chi, e per quali oggetti può esser deferito il giuramento decisorio.
II. Il suo deferimento non dipende dal potere arbitrario del giudice. Errore della giurisprudenza.
III. Può esser deferito in qualunque stato di causa, e dippiù sussidiariamente a tutt' altri mezzi. Errore della giurisprudenza, e di Merlin, Toullier, ecc.

I.—La parte può, volendo, disfarsi della pruova di un fatto, deferendo il giuramento intorno ad esso al suo avversario purchè 1. il fatto possa far decidere la causa; 2. sia personale a colui cui si deferisce; 3. la lite versi sopra un oggetto intorno a cui si può transigere e si agiti tra persone capaci di transigere, 4. e finalmente che si deferisca il giuramento a fin di impugnare la verità di una presunzione *juris et de jure* stabilita nel pubblico interesse.

La parte a cui si deferisce il giuramento in tali circostanze è obbligata a prestarlo, o se il fatto le è comune con l'avversario, riferirlo a questo, tranne che non voglia riguardare per vero il fatto contrastato, e perdere quindi la causa.

Bisogna in prima, che il fatto sia tale che provato debba far decidere la lite, se non altro in uno dei suoi capi, senza ciò il giuramento proposto non sarebbe *decisorio*. Deve dunque il giudice respingere il giuramento che si deferisce, se non è decisivo il fatto che n' è l'oggetto (1); se il fatto sia o no decisivo sarà valutato dal magistrato di appello; le sue decisioni non potrebbero per ciò dar luogo a ricorso.

In secondo luogo, il fatto deve essere personale alla parte a cui il giuramento è deferito; come esce formalmente dal testo dell'art. 1359 (1313). Pure si è sempre ammesso che il giuramento possà deferirsi alla vedova o agli eredi di colui, al quale pretendesi personale, non però sul fatto stesso, ma per sapere se la vedova o gli eredi ne abbiano personalmente conoscenza. L'articolo 2275 (2181) riproduce

* Massime della C. S. di Napoli:
— Non può il magistrato negare il giuramento deferito quando è pertinente.— Prestato sulla istanza di una parte, può essere anche deferito dalle altre e deve nuovamente prestarsi, 18 apr. 1826.
— Non si dà luogo a giuramento contro l' atto autentico, 2 agosto 1833.
— Il giuramento decisorio deve deferirsi con atto sottoscritto dalla parte, 11 dicembre 1839.
— Quello di cui si produce una privata scrittura, ha diritto di deferire al producente il giuramento decisorio sulla veracità del titolo e del suo contenuto, 6 sett. 1845.
— Non è ammissibile il giuramento decisorio deferito sopra fatti illeciti costituenti misfatti. Il giuramento è una transazione, 29 luglio 1847.
— La semplice minaccia non importa delazione di giuramento decisorio, 20 dicembre 1849.
— L'annullamento di una decisione che ha ordinato un giuramento decisorio, non può avvolgere il giuramento prestato. Quindi è che non si possa domandare un secondo giuramento sugli stessi fatti, 21 giugno 1853.

** Non è vietato deferire il giuramento decisorio dopo la lettura delle conclusioni all'udienza. C. S. di Napoli, 24 febbraro 1849.

(1) Agen, 17 febbr. 1830; Rouen, 22 febbr. 1832; Rig., 6 mag. 1834 (Dev., 32, II, 109; 34, I, 767).

questa regola, ma questo articolo non deve in ciò tenersi come una eccezione, bensì quale manifestazione di un principio sottinteso sempre dal legislatore. È infatti naturalissimo, che una vedova o gli eredi conoscano gli affari dello estinto, nè la condizione di chi ha deferito il giuramento decisorio al suo avversario, deve peggiorare per la di costui morte. In questo senso fu votato l'articolo 1359 (1313): « Gli eredi, dice la relazione del Tribunato, non possono essere obbligati di affermare, che era dovuto o no al loro autore: soltanto *sarebbero astretti ad accettare il giuramento intorno a ciò che possono conoscere* » (Fenet, XIII, p. 407).

Oltre a ciò, siccome il giuramento decisorio che si deferisce, partorisce il medesimo effetto d'una transazione fra le due parti contendenti, così può deferirsi nei casi in cui può farsi una transazione.— Quindi non potrebbe deferirsi intorno a fatti su cui non può transigersi; p. e. checchè ne dica una decisione di Rennes (1), intorno ai fatti di filiazione, di legittimità, ovvero intorno a fatti che servono di fondamento ad una domanda di separazione. Non potrebbe nemmeno deferirsi fra persone non capaci di transigere, p. e. se una delle parti fosse un sindaco di un fallimento che non ha facoltà dal giudice commessario di accettare o deferire il giuramento (art. 487 (479) del Codice di commercio), ovvero un mandatario che non ne ha speciale mandato (2).

Da ultimo non può deferirsi il giuramento, se si vuol con esso distruggere una presunzione *juris et de jure* stabilita nello interesse pubblico. Vedemmo, sotto l'articolo 1352 (1306), n. II, *in fine*, che le sole presunzioni legali, stabilite nello interesse puramente privato contro le quali non è ammessa la pruova contraria, possono esser combattute dal giuramento decisorio. Quindi non potrei deferire il giuramento per impugnare la cosa giudicata; come nemmeno in generale, per distruggere l'effetto della prescrizione, perchè essa non solo stabilisce la probabilità dei dritti di chi li allega, ma per lo più è anche una decadenza pronunziata nell'interesse generale contro i proprietarî o creditori negligenti. Dichiarandomi la legge proprietario di quello immobile, *perchè* ne son possessore da più di trent'anni, e non ostante che io non possa allegare alcun titolo, ella non suppone soltanto che io ne abbia legalmente acquistato la proprietà, ma pure ed anzi intende attribuirmela, togliendola a voi affin di raffermare i possessi. Che ne sarebbe della tranquillità delle famiglie e della società, se in ogni tempo e dopo cento e più anni *si potesse* far quistione della liberazione dei *debitori* o della proprietà dei possessori? Ciò sorge chiaro dicendosi, dal Codice, che la prescrizione, anzichè una pruova dello acquisto o della liberazione prodotta da altra causa, può esser *mezzo di acquistare*, *o di liberarsi* (art. 712 e 2219 (633, 2125)). Dunque, come eccezione al principio generale, è data la facoltà dall'art. 2275 (2181), di deferire il giuramento per le piccole prescrizioni governate dagli art. 2271, 2274 (2178 2181); la quale eccezione per casi speciali (in cui la prescrizione non è più un mezzo di liberazione ma la pruova) conferma la regola pei casi ordinarî.

Altronde il giuramento non può deferirsi a chi non farebbe parte in una istanza, sebbene vi figurasse, p. e. al marito che autorizza la moglie; l'art. 1259 (1212), dice non potersi deferire che *alla parte* (3).

II.—Il giuramento decisorio *può* esser deferito secondo dice l'art. 1358 (1312). Difatti una parte non può esser mai *obbligata* ad abbandonarsi tutta intiera alla coscienza di un avversario, che può non averne: essa è libera ma non obbligata di ricorrere al giuramento che è un espe-

(1) Rennes, 16 dic. 1836; J. P., 1837, t. II, pagina 320; Dall., 37, II, 96.

(2) Grenoble, 23 febbr. 1827; Bordeaux, 30 luglio 1829; Rig., 27 aprile 1831; Rouen, 21 febbraro 1842; Parigi, 20 febbr. 1844 (Dev., 31, I, 194; 42, II, 262; 44, II, 538).

(3) Angers, 28 gennaro 1825.

diente estremo. Per quanto semplice ed evidente sia il senso dell'art. 1358 (1312), la giurisprudenza non lo ha compreso; pretendendo che la facoltà data da esso sia del giudice e non della parte (1), per modo che i tribunali potrebbero autorizzare o rigettare il giuramento, che si deferisce secondo che meglio stimeranno.

Si stenta a comprendere siffatto errore, rigettato con molta ragione da Devilleneuve (Racc., 38, 1, 875), da Bonnier (n. 302) e Zachariae (V, p. 618) che soli hanno svolto la quistione. Non può esser dubbio, stante i due art. 1357 e 1358 (1311 e 1312), l'ultimo dei quali dice, che *il giuramento decisorio può esser deferito, poichè il* primo insegna chiamarsi decisorio *quello che si deferisce da una parte*. Essendo il giuramento decisorio deferito dalla parte e non dal giudice, è chiaro che la legge, volendo dare una facoltà al giudice, avrebbe detto: « Può *darsi facoltà di deferire* il giuramento » e non già: « *Il giuramento può essere deferito* ». Come mai se il giuramento non è mai deferito dal giudice, si dovrebbe far piena la frase colle parole *dal giudice?*

III.—La giurisprudenza, non meno dell'art. 1358 (1312), viola l'art. 1360 (1314), giudicando tante volte che il giuramento deferito da una delle parti all'altra *può*, a volontà del giudice, secondo alcune decisioni, o anche *deve* assolutamente, secondo altre, riguardarsi come un semplice giuramento suppletorio, se è deferito in sussidio, e tentati già invano tutti gli altri mezzi per sostenere la domanda (2).

Ben si comprendono le conseguenze di questo preteso tramutamento.

Se il giuramento deferito da una parte, perchè proposto come ultimo mezzo, *e dopo* tentati tutti gli altri, diventa per *ciò un* giuramento suppletorio, in vece d'esser *sempre* decisorio, il giudice potrà farlo prestare o no, secondo l'articolo 1366 (1320); ma non lo potrà giusta l'articolo 1367 (1321), se la domanda non si fondi su d'un principio di pruova, mentre se il giuramento resta sempre decisorio, la parte, e non il giudice, potrà sempre deferirlo, giusta il nostro art. 1360 (1314), sebbene non esista alcun principio di pruova.

Il giuramento, diciamo, è sempre decisorio nel caso di cui trattiamo, e ritenendo altrimenti si confonderebbero stranamente i più chiari principî. Su questo punto la dottrina delle decisioni è conforme a quella degli scrittori, specialmente di Merlin (*Quist.*, alla parola *Giuramento*, § 4) e di Toullier (X, 404, 405), ma tal dottrina non è meno erronea.

Lo errore di essa si mostra ad evidenza, secondo noi crediamo, e dai caratteri distintivi dei due giuramenti, decisorio e suppletorio, ed anche dalla disposizione formale del nostro articolo 1360 (1314). —E dapprima, che cosa è mai un giuramento decisorio? Quello deferito ad una *dall'altra parte*, e non di ufficio *dal giudice*, e che deve per se solo *far finire il litigio*, invece di render solo *completo* un principio di pruova già esistente. Dunque, quando io dichiaro riferirmene al giuramento del mio avversario, e perdere la lite ove egli lo presti; che monta, se io faccia di questa dichiarazione il mio solo mezzo, ovvero vi ricorra, tentati tutti gli altri? Che monta che la dichiarazione sia il mio principio ovvero il mio fine? Che, se essa formi la mia sola conclusione, ovvero soltanto sia come un estremo spediente, dopo una serie lunga di conclusioni? Forse il legislatore ha detto, o solamente fatto sospettare in qualche luogo o nelle sue regole definitivamente scritte, o nei suoi lavori preparatori, che il giuramento decisorio sarebbe una specie di ricompensa (sarebbe bella in vero!) accor-

(1) Amiens, 11 genn. 1828; Rig., 23 aprile 1829; Bordeaux, 19 genn. 1830; Limoges, 10 mag. 1845 (Dev., e Car., 46, II, 73).

(2) Agen, 14 dicembre 1808; Rig., 30 ott. 1810; Colmar, 5 febbr. 1834; Nimes, 8 aprile 1834; Amiens, 16 genn. 1835; Colmar, 7 marzo 1833; Rig., 12 nov. 1835; Rig., 7 nov. 1838; Limoges, 23 febbr. 1843 (Dev., 35, II, 143 e 416; 36, I, 923; 38, I, 875; 44, II, 637); Douai, 31 gennaro 1853 (J. P., 1853, t. I, p. 20).

data a colui che vorrebbe non litigare e risparmiare il tempo dei giudici? Non ha egli chiaramente dimostrato sempre, che per se, come per la ragione e la equità, era un ultimo spediente, l'ultima tavola di salvezza per colui a cui mancarono tutti gli altri mezzi? Forse non dice positivamente l'art. 1360 (1314), che di questo mezzo si potrà giovare *in qualunque stato della causa*? Che importa del momento e della forma della mia dichiarazione? Rimettendomene al giuramento del mio avversario, e tenendomi per condannato se egli lo presti, il giuramento è necessariamente decisorio, e non può essere suppletorio: è *decisorio* poichè è deferito da una delle parti, la quale riman condannata se quello si presta; e *non può esser suppletorio*, poichè non è deferito di ufficio dal giudice nè mira a render completa una pruova incominciata. Non basterebbero per se sole le parole già citate dell'art. 1360 (1314)? Il giuramento può deferirsi *in ogni stato* della causa, dunque lo si può scorso più o men tempo da che si litiga. Or la lite non ha potuto aver per oggetto che i mezzi falliti certamente per me, poichè io ho ricorso al giuramento. L'art. 1360 (1314) prova come il giuramento decisorio possa proporsi come ultimo mezzo, quale estremo sussidiario.

Non abbiamo mai compreso, non solo che si potesse dire esser quello un giuramento suppletorio, ma che si potesse chiedere se fosse tale, così come non comprendiamo la domanda se la figura con quattro angoli e quattro lati uguali sia un cerchio...Si avrebbe potuto comprendere fin dal principio, che il giuramento suppletorio è quello che è *deferito di officio dal giudice* (art. 1357, 1366 (1311, 1320) poi rubrica del paragrafo 2); ma questo è deferito dalla *parte che litiga*, dunque non è suppletorio. Sarebbe giusta una sentenza se decidesse in fatto e come interpretando la volontà della parte, che la conclusione sussidiaria di essa è semplicemente una *preghiera* al giudice di deferire *egli stesso* il giuramento all'altra parte; se *le prove* non bastino a ciò, la sentenza sarebbe giusta se dicesse essere quello un giuramento suppletorio, e tener come tale quello che la stessa parte deferisce al suo avversario, intendendo perdere la sua causa se il giuramento è prestato. Tenerlo come giuramento suppletorio per la insignificante circostanza di esser proposto sussidiariamente dopo altri mezzi, è il medesimo che vedere un cerchio in una figura *con* quattro angoli e quattro lati sotto *pretesto* che essa sia rossa e non nera.

1361 (1315).—Colui al quale vien deferito il giuramento, qualora rifiuti di darlo, o non consenta di riferirlo al suo avversario; o l'avversario al quale è stato riferito, se ricusi di darlo, dee succumbere nella sua domanda o nella sua eccezione.*

1362 (1316).—Il giuramento non può riferirsi, quando il fatto che ne forma l'oggetto, non sia comune ad ambe le parti, ma sia semplicemente personale a colui al quale si era deferito il giuramento.

1363 (1317).—Quando il giuramento deferito o riferito siasi dato, non si ammette l'avversario a provarne la falsità.

1364 (1318).—La parte che ha deferito o riferito il giuramento, non può più ritrattarsi se la parte contraria ha dichiarato di essere pronta a giurare.

* Per rifiuto a prestare il giuramento s'intende la dichiarazione espressa di non volerlo prestare; e la semplice non comparsa nel giorno destinato alla prestazione di esso, non importa rifiuto. C. S. di Napoli, 8 nov. 1851.

SOMMARIO

I. Non può, che sotto una condizione, riferirsi il giuramento deferito, ma il riferito non può nuovamente riferirsi.— Il deferimento o riferimento non accettato può rivocarsi; dopo accettato non si può, tranne vi sia dolo.

II. Se la parte che accetta il giuramento muore pria che lo presti, non può aversi come negato o prestato se non quando vi sia colpa di essa parte, o del suo avversario. Errore di Toullier e delle decisioni.

III. Prestato il giuramento, l'avversario non può provarne la falsità, nè nel civile, nè nel criminale. Errore di Duranton.

I.—Quegli cui si deferisce il giuramento, può prestarlo o riferirlo alla parte avversa, purchè questi affermi il contrario.— *Allorchè* mi avete fatto proposta di giurare se vi abbia prestato 1,000 fr., io posso fare il giuramento, ovvero farvi giurare che *non abbia* prestato quella somma. *Ma si riferisce il* giuramento intorno ad un fatto comune alle due parti, o all'una di esse e all'autore dell'altra. In quest'ultimo caso, da un lato, si dà luogo al giuramento ordinario intorno al fatto, dall'*altro*, al giuramento offerto alla vedova o agli eredi per conoscere se credessero al fatto. Così, come da noi si è detto, il giuramento chiamasi dagli scrittori *di credibilità* o di *credulità*. Se il fatto era puramente personale alla parte, cui è deferito, questa non potrebbe riferirlo, come sorge formalmente dall'art. 1362 (1316). Più colui che avea sulle prime deferito il giuramento, e a cui si riferisce, non può egli riferirlo allo avversario, così la non si finirebbe mai. Colui a cui il giuramento è deferito, è libero o di rifiutarlo (perdendo la causa) o di prestarlo o riferirlo; ma colui a cui si riferisce, può prestarlo o riferirlo.

Fino a tanto che il giuramento deferito o riferito non sia accettato, la parte può rivocarlo; ove sia accettato, trovasi legata secondo l'art. 1364 (1318) (1). Il giuramento deferito o riferito è in fatti la proposizione, la prima parte d'una convenzione, d'una specie di transazione, che come tutte le altre è perfetto col concorso delle volontà ; ma è diverso dalla confessione che è unicamente unilaterale , e non è , nè può essere affatto convenzionale. Ma tosto che la parte, a cui dirigesi la proposizione, l'abbia accettata, ed abbia formato il contratto, dichiarandosi pronta a fare il giuramento richiesto, l'altra parte non può ritirare la sua offerta; tranne che non vi sia stata tratta con dolo dal suo avversario; p. e. se abbia proposto il giuramento per aver perduto i titoli della mia domanda, e posso poi provare essere quelli in potere del mio avversario (art. 480-1 e 10 (544) del Codice di procedura art. 2057 (1929)).

II.—Se il giuramento deferito o riferito è rifiutato, il rifiuto della parte è avuto dalla legge come una tacita confessione di essere falso il fatto, base della sua domanda; questa quindi non fatta buona, la sua causa è perduta. Prestato il giuramento , compiesi la condizione con che l'avversario avea convenuto di perdere la causa; la transazione perciò produce il suo effetto, e la causa guadagnasi da chi ha prestato il giuramento.

Ma che cosa decidere se la parte pronta a prestare il giuramento morisse pria di averlo fatto? Perchè ella avea dichiarato di accettare, perchè l'avversario non ha impedito o ritardato il giuramento, può questo riguardarsi come fatto? Proposta così la quistione, si risolve; dappoichè non si è compita la condizione della transazione ; io non ho acconsentito a perdere la mia causa se l'avversario accettasse il mio giuramento, bensì se egli lo prestasse. Non poteva forse avvenire che l'avversario, quantunque accettato il giuramento, più non volendo nell' ultimo istante farsi

(1) *Vedi* Montpellier, 22 aprile 1833, e Parigi, 25 marzo 1854 (J. P., 1854, t. II, p. 372).

spergiuro, rifiutasse definitivamente? Forse è tutt'uno promettere di giurare e giurare? Se per mia cattiva volontà, per un ritardo da me cagionato, il giuramento è stato impedito, dovrà sempre riguardarsi siccome prestato, dovendosi tenere per adempita, secondo il buon senso, e il testo dell'art. 1178 (1131), la condizione che è stata impedita da chi con essa era obbligato. Il giuramento adunque è riguardato come prestato in tal caso particolare, come sarebbe invece tenuto per rifiutato se chi dovea prestarlo fosse stato impedito di farlo. Ma quando non si può rimproverare alcuna delle parti, quando nessuna speciale circostanza mena ad una delle due estreme decisioni, quando solo la morte o la pazzia di una persona le vietano di prestare il giuramento, non si dovrà certamente stare alla verità delle cose, e dire che il giuramento non è prestato nè rifiutato, che la condizione prevista è impossibile, e che non sia stato deferito? Colui che avea deferito il giuramento, può allora deferire agli eredi del defunto suo avversario il giuramento di credibilità di cui si è parlato.

Non si potrebbe render ragione come alcuni scrittori, specialmente Toullier (X, 385, § 7), e dopo lui due decisioni (1) abbiano giudicato che la parte che muore dopo accettato il giuramento si tenga che lo abbia prestato. Positivo errore, rigettato da Zachariae (V, p. 619) e già condannato dal celebre Dumoulin che disse sulla leg. 3, *C. de jurej.*: *Juramentum delatum defuncto sed nondum præstitum ab illo, non potest objici* (2).

III.—Prestato il giuramento decisorio la condizione è adempita, la transazione efficace, e non si potrebbe distrurre l'effetto di essa provando che quello sia falso (3). *Non illud quaeritur*, *dicono* le INSTITUTA (§ II, *de action.*) *an pecunia debeatur*, *sed an iuraverit*; e dal nostro art. 1363 (1317) si stabilisce lo stesso principio. La condizione non è nè può essere: *se lo avversario presta un giuramento conforme alla verità*; chè in tal modo bisognerebbe far nuova causa per conoscere se il giuramento sia o no conforme alla verità, per modo che non sarebbe *decisorio*; la condizione è semplicissima, *se l'avversario presta il giuramento*.

Duranton, che non ebbe ciò compreso (XIII, 600), ha professato una dottrina contraria allo spirito del nostro articolo 1363 (1317) non che al suo testo, ed alla spiegazione dei lavori preparatori... Il dotto professore, nel mentre riconosce che colui contra il quale è stata profferita sentenza in conseguenza di un giuramento decisorio, non potrebbe nel civile impugnarlo come falso, pretende che lo *potrebbe nel* criminale unendosi al pubblico ministero. Secondo lui, siccome l'articolo 366 del Codice penale pronunzia una pena contro lo autore di un falso giuramento decisorio, e l'articolo 1 del Codice d'istruzione criminale accorda un' azione civile pel ristoro del danno a tutte le parti offese, così potrei costituirmi parte civile nel giudizio penale per ottenere il ristoro del danno. « Solo nel *civile*, dice egli, mi è vietato di provare la falsità del giuramento; sarebbe orribile che colui che vien condannato per un falso giuramento, potesse arricchirsi per mezzo del suo delitto ».

Duranton in questo modo accusa la legge, e corregge, non spiega l'articolo. In esso si dice, che non avrete dritto di provare la falsità del giuramento; dunque questo, legalmente parlando, è irrevocabilmente vero per voi. Potrà esser falso in sè stesso, e tale dimostrato dal pubblico ministero, che trarrà le conseguenze della sua falsità; ma per voi sarà vero; la transazione tra voi e l'avversario vostro avrà vigore contro di voi, ma non per la società, che farà le sue vendette. Ora se il giuramento resta legalmente vero per voi, come potrebbesi parlare di danno

(1) Douai, 26 mag. 1814; Aix, 13 agosto 1829.

(2) Ma la dichiarazione di colui a cui il giuramento è deferito, *di non ricordarsi*, fa finire la lite in suo favore. — Besansone, 1 febbr. 1856 (J. P., 1856, tom. I, p. 255).

(3) Vedi Ric., 27 aprile 1853 (J. P., 1854, t. I, p. 493).

cagionatovi dalla sua falsità? L'art. 1363 (1317), voi dite, è scritto per l'azione civile, e quella è *azione criminale*; ciò è falso.

L'azione sperimentata da un privato insieme con la penale, non è altro che *civile*, d'onde il nome di *parte civile* che si dà a chi la sperimenta. Duranton non avrebbe potuto dimenticare, che solo colui che potrebbe con una ordinaria azione chiedere nel civile il ristoro del danno, ha dritto di chiederlo con una azione (*civile*) insieme con quella del Pubblico Ministero. Avrebbe egli dovuto comprendere, che la nostra regola non è una eccezione, ma la applicazione di un principio, dappoichè la rinunzia *con transazione* o in altro modo *all'azione vostra* ingenerata dal mio delitto vi toglie ogni dritto di agire, rimanendo libera l'azione del pubblico ministero. Ciò avrebbe dovuto comprendere Duranton colla logica, e sovrattutto coi lavori preparatori del Codice penale: « L'interesse *della società*, dice l'esposizione dei motivi, non permette che *vada impunito il delitto* di giuramento falso, e quantunque la parte *non possa agire per suo privato interesse*, il Pubblico Ministero potrà provocare la pena dovuta al delitto ». « Questa disposizione, dice il rapporto del Tribunato, sull' art. 366 del Codice penale, non dà *alcuna nuova azione:* il Codice Napoleone ha *irrevocabilmente regolato quanto concerne gli interessi privati* ed alla PARTE CIVILE; potrà il ministero pubblico *nel solo interesse della società* perseguire lo spergiuro ». Tali dichiarazioni sono molto esplicite, e la giurisprudenza le conferma come principî incontrastabili (1).

La falsità del giuramento non offrirebbe mezzo alcuno all'avversario dello spergiuro, dappoichè della falsità la parte privata non può trarre partito. Ma se l' avversario provasse di aver deferito il giuramento all'altra parte, tratta da essa in inganno, potrebbe fare ritrattare la sentenza secondo l'articolo 480-1° (544) del Codice di procedura.

1365 (1319).—Il giuramento prestato non fa pruova, fuorchè a vantaggio o contra di colui che l'ha deferito, ed a vantaggio o contra de'suoi eredi, o di coloro che hanno causa da lui.

Ciònondimeno il giuramento deferito al debitore da uno dei creditori solidali non lo libera, se non per la porzione dovuta a questo creditore.

Il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente i fideiussori: quello che si è deferito ad uno de' debitori solidali, giova a' condebitori: quello deferito al fideiussore giova al debitore principale.

In questi ultimi due casi, il giuramento del condebitore solidale o del fideiussore non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando sia stato deferito sul debito, e non sul fatto della obbligazione solidale o della fideiussione.*

SOMMARIO

I. Incompleta ed inesatta compilazione dell'articolo.

II. Del giuramento negato da un concreditore solidale, o prestato dal debitore, e parimente di quello prestato dal creditore, o rifiutato dal debitore (in rapporto agli altri creditori).

III. Del giuramento prestato da un condebitore solidale, o rifiutato dal suo creditore, e parimente di quello rifiutato dal condebitore, o prestato dal creditore (in rapporto agli altri debitori). — Le stesse ipotesi per un debitore in rapporto al suo fidejussore, e per il fideiussore in rapporto al debitore.

(1) Rig., 21 agosto 1834, e specialmente Rig., 30 marzo 1833 (Dev., 35, I, 119; 44, I, 36); Rig., 8 marzo 1853 (J. P., 1853, t. II, pag. 65).—Pure si ammette che la regola abbia eccezione, quando il fatto del falso giuramento è inquisito per un procedimento disciplinare. — Angers, 14 novembre 1855; J. P., 1856, t. I, pag. 356.

* Essendo morto colui che doveva prestare il giuramento in pendenza dello appello prodotto contro la sentenza che ne ordinava la prestazione, non può ritenersi come prestato. C. S. di Napoli, 5 luglio 1849.

I. — Il giuramento prestato o rifiutato non può produrre il suo effetto, che in prò o contro le parti tra cui si compie, e in prò o contro le persone da esse rappresentate: per tutte le altre è *res inter alios acta quae aliis non nocet nec prodest* (1).

Il primo paragrafo del nostro articolo esprime male un tal principio, dicendo che *il giuramento fatto* fa solo pruova contro chi l'ha deferito o a *suo vantaggio*. Non il giuramento fatto, ma il rifiuto di farlo fa pruova in vantaggio di colui che l'ha deferito; e il giuramento prestato farà sempre pruova in vantaggio di colui che lo presta *e contro* chi l'ha deferito. Bisogna quindi leggere, *il giuramento fatto o rifiutato*: del pari che il giuramento prestato, doveva prevedersi il rifiuto.

II.—Il nostro articolo, posto inesattamente il principio, che il giuramento prestato o rifiutato non fa pruova che tra le parti o loro aventi-causa, espone, quale eccezione, la regola, che il giuramento deferito al debitore dall'uno dei concreditori in solido e prestato dal debitore, esonera costui della sola parte del credito, che ha il creditore. Ma perchè sia una eccezione e debba la disposizione quindi incominciare colla parola *Nondimeno*, non ben si comprende.

I compilatori probabilmente intesero che il giuramento deferito da uno dei creditori in solido, riguardandosi essi tutti come mandatarî ed aventi-causa gli uni degli altri, avrebbe effetto secondo il principio in faccia a tutti, in modo che sarebbe eccezionale la regola che gli dà soltanto effetto per la parte del creditore che litiga. Cotesta idea è inesatta, dappoichè i concreditori solidali sono mandatarî gli uni degli altri, soltanto affin di conservare e migliorare il credito, e l'uno dei creditori non ha mandato nè per transigere, nè per assolvere il debito (art. 1198, § 2 (1151)). Non vi ha dunque alcuna eccezione, bensì una pura e semplice applicazione del principio. Quel che dice l'articolo pel giuramento prestato dal debitore sulla proposta del concreditore che litiga, sarebbe anche da applicarsi al giuramento deferito dal debitore al creditore, e da questi rifiutato. Viceversa, poichè i concreditori sono mandatarî per conservare e migliorare il debito, il giuramento rifiutato dal debitore sulla proposta di un creditore, o prestato da questo sulla proposta del debitore, tornerebbe in vantaggio di tutti i creditori.

III.—Il giuramento prestato da un condebitore in solido, come anche quello proposto da costui e riputato dal creditore giova a tutti i condebitori, essendo essi mandatarî l'uno dell'altro per *migliorare* la loro condizione (§ 4); ma se *il giuramento* è stato rifiutato dal condebitore, o prestato dal creditore, crediamo non *potersi* opporre agli altri debitori per le ragioni indicate nell'articolo 1351 (1305), n. XIII.

Il giuramento che prestasi da un principale debitore, come anche quello che rifiuta il creditore sulla proposta di quello, giova certamente il fideiussore (§ 3); poichè annullato il debito, vien meno la fideiussione. Ma se invece il giuramento è rifiutato dal debitore o prestato dal creditore, stimiamo non possa opporsi al fidejussore; di ciò esponemmo più sopra la ragione.

Il giuramento intorno un fatto riguardante il debito, prestato dal fidejussore, o proposto da costui e rifiutato dal creditore, torna in vantaggio del debitore principale (§ 5), non potendo esservi debitore, ove non vi è più debito. Ma il giuramento rifiutato dal fidejussore o prestato dal creditore, non potrebbe opporsi al debitore, dappoichè il fidejussore non può affatto, nè transigendo, nè altrimenti, far peggiore la condizione del debitore.

Il giuramento prestato da un condebi-

(1) Del resto, il giuramento deferito intorno a più quistioni, che riferisconsi ad una sola e medesima convenzione, può riguardarsi come incompleto e senza carattere decisorio, quando è stato negato per una di esse quistioni. Ric., 8 marzo 1852 (J. P., 1853, t. II, pag. 65).

tore in solido, o proposto da costui, e rifiutato dal creditore, avvantaggia gli altri debitori quando ha per oggetto un fatto, che sebbene personale al condebitore o al creditore, riguardi il debito (come per esempio il fatto di un pagamento), e sarebbe cosa di niun conto per essi, se il fatto riguardasse la solidarietà del debitore che litiga, che è stata, per esempio, rimessa (§ 6). La medesima distinzione è da farsi per il giuramento prestato dal fidejussore, o proposto da lui e rifiutato dal creditore.

§ 2.—*Del giuramento deferito* ex officio.

1366 (1320).—Il giudice può deferire il giuramento ad una delle parti, o per farne dipendere la decisione della causa o soltanto per determinare il valore della condanna.*

1367 (1321).—Il giudice non può deferire *ex officio* il giuramento, sia sulla domanda dell'attore, sia sulla eccezione opposta, se non con le seguenti due condizioni:

1° che la domanda o la eccezione non sia pienamente provata;

2° che le medesime non sieno mancanti totalmente di prova.

Fuori di questi due casi, il giudice dee ammettere o rigettare puramente e semplicemente la domanda.**

1368 (1322).—Il giuramento deferito dal giudice *ex officio* ad una delle parti non può da questa riferirsi all'altra parte.

SOMMARIO

I. Quando e a qual fine può deferirsi il giuramento d'officio. Osservazioni sulle denominazioni adoperate da alcuni scrittori.

II. In caso di proibizione di pruova testimoniale, il deferimento può aver luogo per un principio di pruova per iscritto. Il giudice lo deferisce a quella parte che vuole. Egli può essere un semplice giuramento di credulità. Errore di Toullier.

III. Il giuramento è un mezzo d'istruzione che si può quindi dimostrare falso; egli non ha nulla di transazione. Conseguenze.

I.—In questo paragrafo si tratta del giuramento deferito all'una delle parti, non più dall'una di esse, ma dal giudice di officio onde far piena la sua convinzione.

Diciamo, onde far piena la sua convinzione, perchè è questo il senso delle parole nell'art. 1366 (1320) o per *farne dipendere la decisione*; il magistrato non può deferire il giuramento come il solo ed unico mezzo per decidere. Ciò sarebbe uno errore; il giuramento deve essere un secondo elemento di decisione, il compimento di una convinzione già incominciata. Il giudice secondo l'ar-

*—Il giuramento sul valor della cosa è diverso dal suppletorio. C. S. di Napoli, 29 ottobre 1822.

— I giudici non hanno, come le parti, facoltà di deferire il giuramento decisorio, C. S. di Napoli, 3 aprile 1824.

— Ordinato e prestato il giuramento suppletorio, altro non resta al giudice, che pronunziare secondo il giuramento; ed è censurabile la sentenza che dopo il giuramento corre allo esame delle pruove prodotte, e da queste pruove si determina ad accogliere o rigettare la domanda dell'attore. C. S. di Napoli, 1 aprile 1831.

** Massime della C. S. di Napoli:

— Quando il giudice del merito deferisce di uffizio un giuramento, perchè la domanda non gli sembra intieramente giustificata, e neppure mancante assolutamente di pruova, questa sua sentenza non può andare soggetta alla censura della Corte Suprema, 27 giugno 1846.

— Il magistrato viola la legge, se esce da' termini della contestazione della lite, e se deferisce *ex officio* il giuramento suppletorio per completar la pruova di fatti non ammessi a provare, 1 agosto 1846.

— Fermo il *deberi* ed incerto il quantitativo, il giudice può avvalersi del giuramento suppletorio per definirlo, 7 agosto 1851.

— Il giudice non può deferire il giuramento *ex officio* senza valutare le pruove che si sono raccolte sulla domanda od eccezione, 1 ottobre 1850.

ticolo 1367 (1321) non può deferire il giuramento, nè se la domanda è del tutto sfornita di pruova, nè se la sia pienamente pruovata; nel primo caso deve subito rigettarla, ed ammetterla nel secondo; si può ordinare di officio il giuramento quando la domanda, non del tutto giustificata, è fondata sopra un principio di pruova. Per questo tal giuramento chiamasi *suppletorio*.

Il giuramento suppletorio, dice la legge, può servire a rischiarare il giudice o intorno la condanna (cioè se debba o no condannare) o intorno all'ammontare di essa, essendo già provato il fatto da cui si ingenera la condanna. In questo secondo caso il giuramento suppletorio dicesi giuramento *in litem* o *in causa*. Ogni giuramento giudiziario è *in causa* o *in litem*, tanto se è suppletorio per la condanna stessa, anche se decisorio, quanto se riferiscesi soltanto al *quantum* della condanna, dappoichè in tutti i casi ha luogo durante una lite, e per finirla.

II.—Il giuramento suppletorio, che il giudice può deferire se esiste un principio di pruova, potrebbe soltanto deferirsi quando non è permessa la pruova testimoniale, ove esista un principio di pruova per iscritto, che è già una pruova cominciata, ma non completa. Essendo vietata la pruova testimoniale, il giudice non può legalmente tener come pruova incompleta, nè la dichiarazione di un testimone, poichè non ha il dritto di udirlo, nè le presunzioni di fatto, non potendovi dar peso se non quando è ammessa la pruova testimoniale (art. 1353 (1307)). Legalmente adunque non può esservi che il principio di pruova *per iscritto*. Non potrebbe il giudice, in materia ordinaria, fondarsi su di una presunzione onde deferire il giuramento di ufficio per un interesse di oltre 150 fr.; lo potrebbe al contrario, in materia commerciale, perchè in questa la pruova testimoniale è permessa (1).

Il giudice può deferire il giuramento a quella parte, che secondo le circostanze della causa, e le ispirazioni della sua coscienza, egli crede farebbe una dichiarazione più sincera o più utile alla verità. —Non sarebbe così, quando la legge stessa indichi a quale delle due parti debba deferirsi il giuramento (art. 1369 (1323) e più art. 17 (23) del Codice di commercio).—Il giuramento suppletorio non può mai esser riferito a quello a cui s'impone, perchè spetta al giudice di deferire il giuramento, quando tace la legge, a quella parte che meglio crede (art. 1368 (1322). Il giudice può similmente deferire alla parte il giuramento *de credulitate*, intorno ad un fatto non personale ad essa ma al suo autore. Cotesta proposizione, negata da Toullier (X, 421), diviene evidente *per poco* vi si rifletta; il giudice non può mai deferire il giuramento se non se essendovi una pruova imperfetta, una maggiore o minore probabilità in sostegno della domanda, cioè almeno qualche presunzione in vantaggio di essa. Abbiamo veduto (articolo 1353 (1307)) che il giudice può far buona la domanda, non essendovi pruova propriamente detta, per la semplice probabilità che risulta anche da una presunzione di fatto. Come dunque egli, che potrebbe immediatamente condannare una parte, non avrebbe il dritto di farlo avvalorata la sua congettura col giuramento di credulità? Bisogna andare più in là. Siccome la regola che vieta di deferire il giuramento decisorio intorno ad un fatto non personale, ripetuta dalla legge per il giuramento decisorio (art. 1359, 1362 (1313, 1316)), non è riprodotta per il suppletorio, e la legge ha dovuto lasciare al giudice il più grande arbitrio che si può per illuminarsi e giudicare più sanamente; così egli, il giudice, potrà deferire un giuramento di credulità non solo sopra un fatto personale all'autore della parte, ma anche sopra un fatto personale a qualunque altro.

La sola obbiezione che fa sul proposito Toullier, è, che gli art. 2275 (2181) del Codice Napoleone, e 189 (195) del Codice di commercio parlano solo di tal giuramento come deferito da una parte all'altra, cioè, come giuramento decisorio. Ma

(1) Rig., 9 nov. 1831 (Dev. e Car., 1832, I, 10).

dapprima il punto da cui si muove è inesatto, perchè se l'art. 2275 (2181) parla del giuramento deferito da una parte, lo art. 189 (195) vuole al contrario ch'esso sia prestato dalle vedove, o dagli eredi; quando *ne saranno richiesti*. Altronde se gli art. 2275, 189 (2181, 195) debbono allegarsi come eccezione, riguardo al giuramento decisorio (perchè questo non può in principio esser deferito che sopra un fatto personale), si fa a meno della eccezione quando non si è più governati dal *principio*. Or poichè la disposizione dello art. 1359 (1313) è scritta pel giuramento decisorio, il giudice è quindi libero di deferire lo stesso giuramento suppletorio intorno al *fatto* di un terzo (*de credulitate*). *Così è stato* giudicato dalla Corte suprema (1).

III. — Il giudice che può deferire il giuramento suppletorio per illuminarsi meglio, se dopo profferita la sentenza con cui la ha ordinato giunge con nuovi elementi a procurarsi una piena convinzione, potrà dichiarare come non avvenuta la sentenza (2).

Di che sorge, che prestato il giuramento e non essendo per anco profferita la sentenza intorno al merito, la parte, contro di cui ebbe luogo il giuramento, potrebbe con nuovi mezzi provarlo falso, dimostrare la sua domanda e guadagnare la causa.

Il giuramento qui non ha nulla nè di transazione, nè di convenzione tra le parti, e quindi la legge non poteva riprodurre la regola, per la quale non può provarsi falso il giuramento decisorio.

Profferita la sentenza diffinitiva, o anticipatamente, salvo a prestarsi il giuramento, o in conseguenza del giuramento prestato, la parte perdente, potrebbe far valere nuovi mezzi, o in appello, se fosse in tempo, o domandando i danni-interessi, e provando falso il giuramento con una azione principale nel civile, ovvero costituendosi parte civile in un giudizio intentato dal Ministero pubblico. La dottrina erronea di Duranton quanto al giuramento decisorio, da noi confutata sotto l'art. 1336 (1290), sarebbe esattissima, riguardo al giuramento suppletorio, che non ha nulla della transazione, e può esser provato falso.

Da ultimo, nel caso stesso in cui la parte perdente non avrebbe altre pruove, i giudici di appello (se la sentenza fosse di prima istanza) potrebbero, diversamente che i primi giudici, valutar lo affare, o trovando abbastanza convincenti i mezzi della parte che avea prima perduto, e dandogli per vinta la causa senza bisogno di alcun giuramento, ovvero deferendo il giuramento suppletorio alla medesima parte, contraria a quella che in prima istanza l'avea prestato.

1369 (1323). — Il giudice non può deferire all'attore il giuramento sul valore della cosa domandata, se non quando sia impossibile di comprovarlo altrimente.

Dee pure in tal caso determinare la somma, fino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore sopra il suo giuramento.

I. — È questo il giuramento suppletorio che chiamasi *in litem* e che più sopra cennammo. Esso può esser solo deferito all'attore, quando il giudice ha già stabilito il *maximum*, oltre di cui sarebbe inefficace il giuramento (3).

Questo giuramento è governato dalle altre regole sopra esposte. Così il giudice, poichè l'ebbe ricevuto, può, per nuovi elementi sopravvenuti, non solo scemare la

(1) Caen, 3 ag. 1831; Rig., 8 dic. 1832 (Dev. e Car., 33, I, 113).
(2) Rig., 10 dic. 1823; Limoges, 23 marzo 1825; Tolosa, 3 luglio 1827.
(3) In un'istanza di restituzione di titoli di obbligazione e di valori sottratti, la sentenza che deferisce il giuramento all'attore soddisfa al voto della legge, indicando numericamente secondo il loro contesto, le obbligazioni intorno a cui dovrà versare il giuramento deferito; Ric., 27 febbr. 1854; (J. P., 1854, tom. 2, p. 382).

somma per cui il giuramento si era fatto, ma anche crescerla oltre il *maximum* già prima determinato.

N. B. — Sul principio del comentario di questo titolo dicemmo, che il suo sunto si darebbe insieme con quello del tit. IV, che completa la materia delle *Obbligazioni generali*.

TITOLO IV.

Delle obbligazioni che si formano senza convenzione.

(Decretato ai 9 febbraro 1804. — Promulgato il 19).

La convenzione, il contratto, cioè il mutuo consenso delle parti, è la più comune, ma non la sola sorgente delle obbligazioni. Il Codice in questo breve titolo pon fine alla materia delle obbligazioni considerate in generale, con le obbligazioni che non provengono da un contratto, e ne tratta nei seguenti diciassette articoli.

Notammo già come i compilatori, non ostante l'esempio di Pothier, abbiano diviso in due titoli cotesta materia che era una, dando il nome di *obbligazioni (obligations)* alle obbligazioni convenzionali, e alle altre il nome di *obbligazioni (engagements)* sebbene sieno tutt'uno un impegno ed una obbligazione. (Vedi nel volume II, parte II, le nostre osservazioni preliminari del titolo III).

1370 (1324).—Talune obbligazioni si contraggono senza che intervenga alcuna convenzione nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso il quale egli si è obbligato.

Le une risultano dalla sola autorità della legge: le altre derivano da un fatto personale a colui che resta obbligato.

Le prime sono le obbligazioni che si formano involontariamente, come quelle tra proprietari vicini, o quelle de' tutori e degli amministratori, i quali non possono ricusare le funzioni che loro vengon conferite.

Le obbligazioni che nascono da un fatto personale a colui che resta obbligato, risultano o da' quasi-contratti, o da'delitti o quasi-delitti. Esse formano la materia di questo titolo.

SOMMARIO

I. Cattiva redazione del Codice riprodotta da Toullier e da Duranton.— Divisione delle obbligazioni nate senza convenzione.—Significato della parola volontariamente.
II. Osservazioni su questa classificazione.
III. Altra censura dell'articolo. Confutazione dei falsi principi di Toullier.
IV. Continua la confutazione. Errori e contraddizioni dello stesso scrittore.
V. Rimproveri di Toullier al dritto romano, che egli non ha ben compreso.
VI. Il nostro articolo non pone, nè il dovea, l'obbligazione dei tutori nelle obbligazioni della legge, *se non quando essi non possono dimettere il loro ufficio. Osservazione finale.*

1. — Il primo paragrafo dello articolo inesattamente oppone alle obbligazioni convenzionali quelle che si formano senza alcuna convenzione *nè per parte* di chi si obbliga, *nè per parte* di colui verso il quale quegli si è obbligato. Una convenzione non

può farsi *per parte di un solo*, consistendo nel concorso delle volontà dei contraenti. Doveva dirsi *senza alcuna convenzione* FRA quello... e quello..., ovvero volendo conservare le parole *nè per parte* di chi si obbliga, *nè per parte* di colui verso il quale quegli si è obbligato, doveva dirsi senza ALCUNA VOLONTÀ DI OBBLIGARSI. Una convenzione, lo ripetiamo, non potrebbe aver luogo per parte di un solo: la obbligazione convenzionale suppone diverse volontà che concorrono a farla, ciascuna delle quali *ha luogo per parte* di ognuno dei contraenti, ma non suppone parecchie *convenzioni*. — Questo primo vizio della redazione dell'articolo non si concepisce, mentre Pothier, perpetua guida dei compilatori, diceva con molta esattezza sul principio di questa materia: « senza che vi sia alcuna convenzione *fra* le due persone » e nel seguente paragrafo: « senza che intervenga alcuna convenzione *tra* lo erede e i legatari (113)». Egli non parlava di una convenzione che si formi per parte dell'una o per parte dell'altra persona. Del resto, siffatte inesattezze che rigorosamente si spiegano nei pratici, come Tronchet, Bigot ed altri, stranizzano ripetute da professori, come Toullier (XI) e Duranton (XIII, 629) che han seguito il linguaggio del Codice, anzichè quello di Pothier.

Le obbligazioni che nascono senza convenzione, derivano o da un fatto dell'uomo, o dalla sola autorità della legge. Il fatto dell'uomo da cui sorge una obbligazione è lecito o illecito; nel primo caso vi è quasi-contratto; nel secondo vi è delitto o quasi-delitto, secondo che il fatto illecito siasi compiuto con o senza intendimento di nuocere. *Il fatto dell'uomo* qui prendesi nel senso più lato; comprendendo tanto il fatto negativo, che il positivo e propriamente detto, il non fare, e il fare; vi sarà delitto o quasi-delitto quando, o con intendimento di nuocere o senza, avete cagionato un danno, tanto tralasciando di fare ciò che dovevate, quanto facendo ciò che non dovevate;

Dunque il Codice, seguendo Pothier, ha diviso in questo modo le obbligazioni non convenzionali: 1° obbligazioni che provengono dal fatto dell'uomo (e che derivano da un quasi-contratto, da un delitto, da un quasi-delitto); 2° obbligazioni che esistono senza alcun fatto dell'uomo. Da cotesta divisione ben si comprende in qual senso il terzo paragrafo dell'articolo parli di *obbligazioni formatesi senza volontà* in contrapposto a quelle che sorgono dai quasi-contratti, dai delitti e quasi-delitti, le quali sarebbero pure obbligazioni *formatesi senza volontà*. La legge non chiama obbligazioni formate con volontà, o senza, quelle costituite con la volontà di obbligarsi, o senza, ma soltanto quelle che derivano oppur no da un fatto volontario, quelle nate dal fatto dell' uomo, o senza.

Così quando voi mi pagate 1,000 fr., che a torto supponiamo dovuti, io sono rispetto a voi obbligato (a restituirvi quella somma); il quale obbligo, secondo dice il nostro terzo paragrafo, si è formato volontariamente, non perchè vi sia stata volontà di obbligarvi, non essendovi stato il nostro intendimento, ma perchè l'obbligazione risulta da un fatto volontario che è il pagamento del danaro fattomi da voi, e ricevuto da me; il qual fatto, essendo lecito, costituisce un quasi-contratto. L'obbligazione del ladro di restituire ciò che ha rubato, si è formata volontariamente, non perchè egli abbia avuto la volontà di obbligarsi, ma perchè ha commesso volontariamente il furto, da cui si ingenera la obbligazione; il qual fatto essendo illecito, e compiuto con l' animo di recar danno, costituisce un delitto. Allorchè una casa che sta per crollare, non abbattuta nè ristorata dal proprietario, cade e ferisce alcuni che passano, l'obbligo di ristorare le vittime, e che sorge dal non aver fatto i lavori necessari, deriva pure da un atto di volontà dell'obbligato; egli avrebbe potuto prevenire il male, ed ha trascurato più o meno decisamente i lavori necessari all' uopo: vi è fatto dell'uomo, il quale, sebbene biasimevole ed illecito, non essendo stato cagionato con l'intendimento di nuocere, costituisce il quasi-delitto.

Per lo incontro l'obbligo di amministrare come tutore la persona e i beni di un minore, si è formato senza la mia volontà, essendo costretto ad accettare il carico. Parimente, l'obbligo di lasciarvi entrare nel mio podere, onde riprendere i vostri mobili trascinativi da una inondazione, esiste senza alcun fatto dell'uomo nelle circostanze che lo hanno ingenerato.

II.—La distinzione del Codice è dunque la seguente: o l'obbligazione sorge da un qualche fatto dell'uomo (che secondo i casi è un quasi-contratto, o un delitto o un quasi-delitto); ovvero la obbligazione si forma senza alcun fatto dell'uomo, e allora deriva dalla legge, qualunque sia il modo e la circostanza in cui essa è nata.

Sebbene così si faccia una classe separata delle obbligazioni che nascono *dalla legge*, al postutto tutte le altre obbligazioni derivano ugualmente dalla legge; qualunque sia l'obbligazione civile deriva da un principio di equità naturale, sanzionato dalla legge positiva. Così la obbligazione che deriva dall'aver ricevuto l'indebito, deriva dal principio d'equità stanziato dalla legge, che nessuno si arricchisca a spese altrui. « Nei quasi-contratti, dice lo stesso Pothier, da cui fu tolta la classificazione del Codice, *la sola legge* ovvero *l'equità naturale* (doveva dirsi, *secondo* la equità; come *sanzione* dell'equità) genera l'obbligazione, rendendo obbligatorio il fatto da cui deriva (n. 114)».—Nel delitto o quasi-delitto l'obbligazione deriva dallo aver la legge stabilito il principio di equità, che qualunque danno cagionato (con animo di nuocere ovvero senza) da un fatto non lecito, debba essere ristorato dal suo autore.—Da ultimo, nei contratti stessi, che Pothier nel n. 114 sembra mettere in opposizione sotto questo rapporto coi quasi-contratti, l'obbligazione deriva parimente dalla legge, da cui è sanzionato il principio d'equità, che ognuno debba attenere le sue promesse. Ciò è riconosciuto dallo stesso Pothier un pò più in là (n. 123).

Pertanto l'obbligazione deriva dalla legge in tutti i casi possibili, e tanto nelle prime quattro classi indicate dal Codice che nella quinta; ma nelle prime quattro da canto alla legge vi ha *un fatto dell'uomo*, che manca nella quinta, ed il Codice, a distinguere le varie classi, usa il nome generico di fatto. Anche nel quinto caso vi ha qualche circostanza che determina l'intervento della legge, e qui, come negli altri quattro casi, il legislatore sanziona un obbligo di coscienza, di giustizia naturale che preesiste. La legge civile mi dichiara obbligato ad accettare il carico di tutore, perchè la legge naturale non vuol che resti indifeso il fanciullo di cui gl'interessi mi sono confidati; la legge che mi comanda di provvedere ai bisogni del padre indigente, stabilisce un *obbligo* che è nella mia coscienza. Ma *siccome le* varie circostanze che possono qui incontrarsi, non potrebbero comprendersi sotto una espressione generica, il Codice, seguendo sempre Pothier, denomina dalla legge medesima cotesta sorgente delle obbligazioni, bastando ciò per distinguere la quinta classe, poichè ognuna delle altre ha un nome diverso.

Così la obbligazione deriva: 1. *dal contratto* e dalla legge, 2. *dal quasi-contratto* e dalla legge; 3. *dal delitto e dalla* legge; 4. *dal quasi-delitto* e dalla legge; 5. infine da qualunqne altra circostanza e *dalla legge*, la quale sebbene sia principio comune alle cinque classi di obbligazioni, dà un nome speciale all'ultima.

III.—Il nostro articolo ci ripete due volte nel secondo, e nel quarto paragrafo, che le obbligazioni non convenzionali risultanti dal fatto dell'uomo nascono da un fatto *personale a chi si è obbligato*. Altra inesattezza; perchè il fatto che per lo più obbliga il suo autore verso una persona, può alle volte obbligar questa verso quello, come si prova dagli art. 1371 e 1375 (1325 e 1329) in cui si parla di obbligazioni nate in mio vantaggio contro di voi; per la mia gestione di affari un fatto mio dunque può alle volte obbligar voi, perciò è inesatto il dire che le obbligazioni di cui trattiamo, risultino da un fatto personale *a chi si è obbligato*. La

quale inesattezza non è scusabile, poichè Pothier con la sua solita precisione diceva: « Dicesi *quasi-contratto* il fatto di una persona, permesso dalla legge, per cui è ella obbligata verso un'altra, *ovvero è obbligata una persona verso di lei* senza essersi formata fra loro alcuna convenzione (n. 113) ».

Toullier il quale non bada sempre alla mala redazione del Codice, ha voluto qui fargli un rimprovero senza alcun fondamento. Egli pretende (XI, 9, 310) che il secondo e quarto paragrafo corretti, come *noi abbiamo* detto, sono sempre incompleti e che devonsi mettere di fronte alle obbligazioni risultanti dalla legge, non solo quelle che provengono da un fatto personale, o a colui che è obbligato o a colui verso di cui si è obbligato, ma altresì quelle che nascono *per un caso fortuito*, e senza alcun fatto dell'uomo, per cui si aggiungerebbe in apparenza una sesta classe. *In apparenza*, diciamo, perchè non è ben chiaro se egli intenda farne una classe separata o comprenderla in una delle altre. Parrebbe anzi che egli riguardi coteste obbligazioni come una semplice suddivisione del delitto o quasi-delitto, perchè trattato nel primo capitolo dei quasi-contratti, discorre dei delitti e dei quasi-delitti nel secondo suddiviso in tre sezioni, nell'ultima delle quali tratta delle obbligazioni che derivano per un caso fortuito. Ma siccome non si può scorgere un delitto o un quasi-delitto, non essendovi *alcun fatto dell'uomo, alcun atto di volontà*, la divisione di Toullier può tenersi come falsa, e deve ritenersi aver egli voluto creare una sesta classe di obbligazioni.

Che che ne sia, certo è che il dotto professore non vuole che tali obbligazioni si noverino fra quelle derivanti dalla legge. La ragione porta da lui, e da noi già confutata, è che le obbligazioni non provengono *dalla legge sola*, poichè *vi è altro che la volontà della legge*, cioè *il caso fortuito;* allega poi l'autorità di Domat che ne fa pure una sezione separata nel titolo IX del secondo libro della prima parte delle *Leggi civili*.

Per verità, non si potrebbe far peggio di quel che Toullier abbia fatto in questo luogo, nè sapremmo se si debba ridere di lui, ovvero compiangerlo quando aggiunge avere scritto tutte queste cose « *a fin di raddrizzare le idee dei giovani leggitori e adusarli a ragionare esattamente!*

IV.—Noi immoreremo su quest'altro errore di Toullier affin di raddrizzare le idee dei giovani leggitori (tanto spesso falsate dal dotto professore di Rennes) e di adusarli a ragionare esattamente.

E dapprima l'autorità di Domat non vi entra affatto. Sebbene egli in un titolo del suo libro secondo, discorra delle obbligazioni che si formano *per casi fortuiti*, pure non le oppone a quelle che nascono *dalla legge*, non parlando di queste in nessun luogo, come nè delle altre che derivano da quasi-contratti, da delitti o da quasi-delitti. Egli in un disegno, diverso da quello del dritto romano, e da quello del Codice, divide la materia delle obbligazioni in quattro libri, e trattato *particolarmente* nel primo delle obbligazioni convenzionali (vendita, permuta, locazione, prestito, società, ec.), discorre nel secondo *particolarmente e senza alcun'idea di generalizzare*, delle principali obbligazioni non convenzionali. Così avendo discorso in un titolo dei tutori, in un altro dei curatori, in un terzo degli amministratori delle comunioni, in un quarto dei gestori di affari, ecc. ecc. parla nel nono dei casi fortuiti. Or come Toullier ha potuto allegarlo per sostenere non doversi classificare le obbligazioni nate in occasione di un caso fortuito, nella generalità delle obbligazioni che sorgono dalla legge?

Ed erra gravemente Toullier dicendo, che le obbligazioni nate per casi fortuiti non possano noverarsi tra quelle che derivano *dalla legge* SOLA, perchè in questo caso vi è *qualche cosa che non è la legge*, cioè il caso fortuito. Vedemmo che in qualsivoglia obbligazione è sempre qualcosa diversa dalla volontà della legge; e che anche nelle obbligazioni che si dicono derivare dalla legge sola., è sempre qual-

che altra cosa, che non sia la volontà del legislatore, vi è sempre qualche circostanza da cui è sorta una obbligazione naturale che la legge approva, sanziona e muta in obbligazione civile. Così il mio obbligo di alimentare il vecchio genitore, che è di quelli che nel sistema del Codice derivano dalla legge sola, esisteva di certo nella coscienza, innanzi che la legge lo sanzionasse. Ove Toullier metterebbe cotesta obbligazione? Non fra quelle che derivano dalla legge sola, poichè vi è altro che l'autorità della legge; non fra quelle che derivano dal caso fortuito, poichè non vi è caso fortuito. Si dovrebbe dunque creare una settima classe, poi un' ottava e poi una nona. Toullier s'inganna stranamente, immaginando che nelle obbligazioni che si dicono costituire la quinta classe e derivare dalla sola autorità della legge, non entri altro che la legge. Siccome la autorità della legge esiste necessariamente nelle quattro prime classi, non meno che nella quinta, così in questa, come in quella, entra qualche cosa, qualche circostanza da cui sorge la obbligazione naturale per cui la legge forma poi la obbligazione civile. Questa circostanza è qui il caso fortuito, p. e. la inondazione che ha trasportato i vostri mobili nel mio fondo, e per cui sono obbligato a farvi entrare nel mio podere affin di riprenderli. Quando dunque il Codice parla di obbligazioni derivanti *dalla legge* SOLA, la parola SOLA ha un senso relativo, non assoluto; la *legge* è sola perchè non accompagnata nè da un contratto, nè da un quasi-contratto, nè da un delitto, nè da un quasi-delitto; ma non si può dir sola assolutamente, perchè vi è stata sempre qualche circostanza per cui essa ha creato una obbligazione di ragione e di equità naturale.

Come non comprendere una idea manifestata insieme dalla ragione e dalla guida dei nostri compilatori, e dai lavori preparatori del Codice? Dalla ragione: si sa che il legislatore non è un fanciullo che si diletta di creare obbligazioni per il solo piacere di crearle, senza un grave motivo, una speciale circostanza, ed ha sempre creato obbligazioni che erano già imposte dalla giustizia, dall'equità, dalla legge di natura. Dalla guida dei compilatori; Pothier nel paragrafo 3 — della *legge*, spiega che *la legge naturale* è la causa mediata e prima *di tutte le obbligazioni*, e fatto ciò comprendere pei contratti, i delitti, i quasi-delitti, e poi pei quasi-contratti, lo mostra in fine per le obbligazioni che hanno per causa *immediata la sola* legge (1). Dai lavori preparatori; nei quali fra gli altri passi che annunciano questo pensiero leggesi il seguente: « Le obbligazioni di tal fatta son fondate sui grandi principî della morale, profondamente scolpiti nel cuore di tutti gli uomini, che dobbiam fare agli altri ciò che vorremmo si facesse a noi nelle medesime circostanze, e che noi siam tenuti a ristorare i torti e i danni che abbiam potuto cagionare. Le disposizioni che sentirete leggere, sono *tutte* conseguenze, più o meno remote, ma necessarie di queste eterne verità. » (Fenet, tom. XIII, p. 465).

Del resto, Toullier non solo non ebbe compresa la idea, che in ogni sorta di obbligazione vi ha necessariamente qual cosa di diverso della autorità della legge; ma anche un'altra idea correlativa alla prima, cioè che l'autorità della legge è la causa da cui derivano al postutto tutte le obbligazioni, sorgano o da contratti, o da quasi-contratti, ec. ovvero dalla legge sola. Il celebre professore intorno a ciò ha seguito successivamente due sistemi contraddittori, ma entrambi falsi; per modo che ha

(1) La legge naturale e la obbligazione morale che impone, possono apparir meno in talune obbligazioni civili, ma si trovano in tutte. Così quando son costretto soffrire una spropriazione forzata per l'esecuzione di lavori pubblici, ovvero cedere la comunione del mio muro (come nell'ultimo esempio porto qui da Pothier) onde evitare perdite di terreno, il mio interesse privato è violato per lo interesse generale; per cui si debbono eseguire i lavori pubblici e non rendere inutile alcuna porzione di terreno. — Il sagrificio di ogni particolare interesse allo interesse comune è imposto dalla coscienza, è un dovere molto più profondo e più fecondo di conseguenze che di ordinario non si crede. Sul proposito si può leggere il quarto *Studio* della nostra *Teodicea*.

confutato il suo primo errore con un secondo. Il vero sta fra i due estremi da lui successivamente adottati. Nel tomo VI, (nn. 3 e 4) egli insegna che *l' obbligazione non ha mai altra causa efficiente che la legge civile*; di poi nel tomo XI. (nn. 2 e 6) egli censura a lungo cotesta idea, professando che se è così nella obbligazione non convenzionale, non lo è in *quella convenzionale*, che *si forma con la sola volontà dell'uomo*, *e senza che punto intervenga la legge civile*. La qual contraddizione deriva dall'aver Toullier separato due cose che son riunite nella obbligazione, il vincolo puramente morale e naturale; il vincolo puramente giuridico e civile. Egli, che riguarda senza saperlo l'*oggetto* ora da un lato ed ora dall'altro, abbraccia successivamente due idee contraddittorie, ciascuna delle quali è vera o falsa secondo l'aspetto sotto cui si considera, ma son false ed incomplete entrambe riguardate sotto il vero aspetto.

Sarebbe vera la seconda proposizione di Toullier, se il vincolo fosse puramente morale, puramente naturale; nel qual caso sarebbe l'obbligazione perfetta senza bisogno della legge, e per la sola efficacia del dritto naturale; se non che sarebbe così per qualunque obbligazione, e Toullier andrebbe errato con tutti i sistemi possibili, volendo distinguere sotto questo riguardo la obbligazione convenzionale da quella non convenzionale.

Per lo incontro, supposto un vincolo puramente giuridico, puramente civile, e supponendoci governati da una legislazione ordinata, come il dritto romano, senza badare alle regole di coscienza, e alle leggi naturali, la prima proposizione, quella del tomo VI sarà esatta, e l'obbligazione deriverà sempre ed unicamente dalla legge civile. Certo non ci volea molto a veder ciò, ed evitare l'errore in cui cadde Toullier. Ma da una mano, noi qui non svolgiamo la obbligazione da filosofi, e sotto il rapporto morale, ma da giureconsulti, da comentatori del Codice e sotto il rapporto civile, onde vien rigettata la seconda proposizione di Toullier. Dall'altra parte, noi la mercè di Dio non siamo più Romani nè siam governati più da una legislazione in cui il figlio non era parente con la madre, in cui qualunque debito non formato secondo le forme sagramentali e le regole antinaturali del *jus civile*, non obbligava civilmente per quanto potesse esser valido in faccia alla ragione; siamo sotto una legislazione che ha per base la equità, la ragione, la natura medesima delle cose, per cui si rende falsa e non può accettarsi la prima proposizione di Toullier.

Adunque il nostro Codice intende sanzionare i principî dell'equità; l'obbligazione del nostro dritto francese costa ad un tempo del vincolo morale, e del giuridico; la obbligazione naturale diventa legale e civile, sanzionata che è dal dritto positivo. Quindi è errore il dire che l'obbligazione derivi unicamente dalla legge civile, perchè innanzi tutto viene dalla legge naturale; è pure errore il dire che possa alle volte non derivare dalle leggi civili, perchè non può esistere *vincolo civile altrimenti* che per la *legge civile;* è errore in fine il distinguere sotto tal rapporto dalle altre obbligazioni quelle che si formano coi contratti. —Così in qualunque sorta di obbligazione la legge naturale è la causa mediata, prima e più remota, e la legge civile la causa immediata, definitiva e più prossima; la obbligazione racchiude, oltre il vincolo giuridico che deriva dal dritto civile, il vincolo morale che deriva dalla coscienza. La cosa non è ella semplicissima?

A cotesto Toullier che non ostante il suo genio (perchè egli era un genio di fronte a Pothier) non avea saputo comprendere le idee dell'altro; a lui che nella materia delle obbligazioni aveva commesso così gravi errori che furono evitati dal suo giudizioso precursore; a lui che avea adottato senza alcun criterio la meschina distribuzione delle materie che i nostri compilatori sostituirono al disegno cotanto logico del giureconsulto di Orléans (1), si osava scrivere nel

(1) V. le pagine 10-12 del tom. I della quarta edizione, e i rimandi in essa indicati; e in questo tomo quinto l'art. 1318 (1272), n. VI (vol. III, part. I di questa ediz.).

1815. « Voi potete esser lieto di aver *vinto di gran lunga* Pothier. La vostra opera è più dotta, *più fortemente ragionata*, *MEGLIO DISTRIBUITA* della sua! »

V.—Toullier non è meno infelice nel paragonare il sistema del Codice Napoleone con quello del dritto romano, e nel censurare quest'ultimo.

Nel sistema dei giureconsulti romani l'obbligazione deriva da *due* principali sorgenti, il Contratto e il Delitto (*Contractus-Delictum* o *Maleficium*) che *sole* hanno un nome speciale; a questa o a quella secondo i casi si rannodano e pareggiano le mille diverse circostanze dalle quali sorge una obbligazione senza nè delitto nè contratto. Così sorta una obbligazione non da un contratto nè da un delitto, si vedrà se il fatto che l'ha generato possa recarsi in colpa: se sì, l'obbligazione è formata *come se* provenisse *DA UN DELITTO*; se no, *come DA UN CONTRATTO*. Quindi tutte le obbligazioni derivano o da *un contratto* o come da *un contratto*, o *da un delitto* o come da *un delitto*. Giustiniano dice: *aut EX CONTRACTU sunt*, *aut quasi EX CONTRACTU*, *aut EX MALEFICIO*, *aut quasi EX MALEFICIO* (Inst. lib. 3, tit. 13, § 2).

Si noti che l'obbligazione allora non sorge come da noi, da un *quasi-contratto o quasi-delitto*, ma come da un *contratto*, come da *un delitto*: ne' testi romani non si legge *EX QUASI CONTRACTU*, *EX QUASI DElicto*, ma *quasi EX CONTRACTU*, *quasi EX DELICTO*. Certo i Romani avrebbero potuto dire *quasi-contractus*, *quasi-maleficium*, come dicevano *quasi-ususfructus*; ma con cotesti modi non avrebbero ben rilevato la loro idea. Colui cui pago una somma non dovuta è tenuto a restituirmela nel sistema romano, non *per un quasi-contratto*, ma come *per un contratto;* non perchè *vi è stato UN QUASI PRESTITO*, ma come se vi fosse stato *UN PRESTITO;* le Instituta riproducendo il testo di Gajo dicono: *Quasi EX CONTRACTU debere videtur*... *PERINDE AC SI mutuum illi daretur* (tit. 27, § 6). In Roma non vi è *quasi-contratto*, *quasi-delitto*, ma il contratto e il delitto a cui si aggiungono moltissime circostanze senza nome, senza qualifica, nelle quali si è obbligato come se vi fosse stato *contratto*, ovvero *delitto*.

Toullier non ha compreso nè sospettato la differenza della teoria romana da quella del nostro Codice. Movendo dalla falsissima idea, che i Romani al pari di noi facevano derivare le obbligazioni dai contratti, dai delitti, dai *quasi-contratti* e dai *quasi-delitti*, fa loro il rimprovero (*XI. numeri* 10 e 15), di non aver mai definito i quasi-contratti, specialmente di aver noverate le obbligazioni dei tutori fra quelle che derivano dai quasi-contratti, mentre secondo lui debbono derivare dalla legge, poichè il fatto di chi diventa suo malgrado tutore, non è punto volontario nè può formare il quasi-contratto (1).

Che dire poi di siffatta censura? I testi romani non han mai dovuto definire il quasi-contratto, perchè per dritto romano non era ammesso. Quanto alla obbligazione forzata dei tutori, semplicissima è la differenza fra la legislazione romana e la francese, le quali son logiche l'una e l'altra. Fino a che le obbligazioni che si formano senza contratto e senza delitto, si sono riguardate come derivanti da un quasi-contratto (cosa e idea affatto ignote), ma come da un contratto, qualunque circostanza, o condizione (da cui si generano le obbligazioni) che non offrisse nè contratto nè delitto , nè porgesse alcuna cosa imputabile , faceva logicamente dire che la obbligazione

(1) Toullier allega l'autorità poco competente di Fergusson. — Ma mette in bocca al filosofo Scozzese quel che non dice, cioè che il dritto romano ha fatto derivare dal *quasi-contratto* le obbligazioni reciproche del tutore e del pupillo mentre derivano *dalla legge*. Fergusson non parla nè della legge, nè del quasi-contratto, ma dell'equità e del contratto: Thus mutual pleas of guardian and ward, which arose from equity, were sustained, in the roman law, as arising from contract. » (Instit. of moral philos.). — Quest'idea è falsissima. La legge romana non fa derivare le obbligazioni del tutore nè dal *quasi-contratto* (che neppur conosce) nè dal contratto, ma dice soltanto che esistono *come se vi fosse un contratto*, il che non toglie che abbiano per causa immediata la legge, e per causa mediata e prima *la equità*.

era nata come da un contratto, come la condizione di chi suo malgrado è tutore. Ma immaginato il quasi-contratto, si è dovuto far derivare da cotesta causa di obbligazione, una *parte* di quelle che prima si dicevano derivate come da un contratto; ma non già quelle le quali costituirebbero il *quasi-contratto*, perchè vi era *un fatto dell'uomo*, un atto di volontà. Dunque sostituitasi alla classe delle obbligazioni, formate *come da un contratto*, quella meno estesa delle obbligazioni formate *da un quasi-contratto*, si è dovuto aggiungerne una quinta per le obbligazioni che secondo il nuovo sistema derivavano dalla terza, cioè quelle nelle quali non è alcun fatto dell'uomo. Così il Codice ammette come quinta sorgente l'autorità della legge, non conosciuta in Roma, e nella quale si comprende oggi la obbligazione forzata dei tutori.

Pertanto Toullier va gravemente errato in tutte queste idee; e dagli sviluppi dati a *fin di raddrizzare le idee dei giovani leggitori*, son rampollati molti errori.

VI.—Tra le obbligazioni che si contraggono senza volontà (cioè senza alcun fatto dell'uomo, senza alcun atto, positivo o negativo, della volontà e che formano quindi la quinta classe, val dire le obbligazioni che derivano *dalla legge*) si comprendono specialmente nel nostro articolo le obbligazioni dei tutori o altri amministratori *che non possono rifiutare* i loro uffici, non che quelle stabilite dalla legge fra i proprietari vicini.

Si parla soltanto dei tutori *che non possono ricusarsi*, perchè l'accettazione *volontaria* dei tutori o altri amministratori, i quali potevano o no accettare l'ufficio a loro deferito, sarebbe un quasi-contratto, e perciò le obbligazioni che ne derivano si comprenderebbero nella seconda classe.—Trattammo già delle obbligazioni legali fra proprietari vicini di cui si occupano due primi capitoli del titolo *Delle Servitù;* le quali obbligazioni sono servitù impropriamente dette, come noi osservammo (articolo 639 (561)).

La classe delle obbligazioni che derivano dalla legge, comprende altre molte obbligazioni, oltre quelle porte qui come esempio. Vi si comprendono assolutamente tutte le moltissime obbligazioni, che non derivano nè dai contratti o quasi-contratti, nè dai delitti o quasi-delitti, e massime, come abbiam detto, quelle nate per effetto di casi fortuiti.

Veniamo ora alle regole speciali del nostro titolo, che in due capitoli tratta 1. dei quasi-contratti; 2. dei quasi-delitti.

CAPITOLO PRIMO

DE' QUASI-CONTRATTI.

1371 (1325).—I quasi-contratti sono i fatti puramente volontari dell'uomo, dai quali risulta una obbligazione qualunque verso un terzo, e tavolta una obbligazione reciproca delle due parti.

SOMMARIO

I. Censura della legge pei quasi-contratti. Definizione incompleta del testo.
II. Differenti casi di quasi-contratto. L'accettazione d'una successione è pure uno dei casi? Inesattezza dell'opinione comune intorno a ciò.
III. Quid *delle regole di capacità in materia di quasi-contratto?*

I. — La definizione del quasi-contratto, che non è completa, basta a giustificare la censura da noi fatta di quella delle obbligazioni che si formano senza convenzione, ma volontariamente, le quali, si dice, nascono da un fatto *personale a colui che*

si obbliga. Essa pruova che le vicendevoli obbligazioni del gestore col proprietario, e di questi con quello nella gestione di affari, le prime indicate dagli art. 1362 e 1364 (1316 e 1318), le altre dall'articolo 1375 (1329), si riguardano, nel sistema del Codice, come derivanti tutte del quasi-contratto di gestione; pruova pure che il Codice ha pienamente adottato il sistema di Pothier, che dice: « Il fatto di una persona da cui sorge una obbligazione verso un terzo, *ovvero la obbligazione del terzo verso di quella* ».

Sarebbe stato forse più logico far derivare dal quasi-contratto della gestione di affari, le sole obbligazioni del gestore nate dal fatto volontario di costui, e far derivare dalla autorità della legge le obbligazioni del proprietario nate per un fatto a lui straniero, e che per lui val tanto quanto un caso fortuito. Similmente, mentre secondo il nostro articolo, sorgerà dal quasi-contratto la obbligazione del pupillo e dell'interdetto verso un tutore che accetta ben volentieri, e che è tenuto non più in forza della legge, ma per un quasi-contratto, risulterà sempre dalla legge nel sistema di cui parliamo; il che secondo noi sarebbe più ragionevole. Perchè, come mai può mutarsi la sorgente della obbligazione dell'interdetto o del pupillo per avere il tutore accettato volentieri o per necessità? Il povero demente o il minore non sono forse legati senza che sappiano ciò che si facciano, senza alcun atto di volontà, sia con un tutore libero che con un tutore forzato? Forse la loro obbligazione non deriva dalla sola forza della legge (che sanziona una regola di equità) tanto nell' uno che nell'altro caso? A noi sembra dunque, che il sistema del Codice è men logico di quello romano, che, non compreso da Toullier, fu anteposto al primo: finchè si è trattato di obbligazioni che esistono *come se vi fosse stato contratto*, e senza determinare la loro sorgente, si è potuto logicamente comprendervi tutte le obbligazioni formate involontariamente, e fra le altre quelle dei pupilli e quelle dei tutori forzati. Ma ristretta questa classe alle obbligazioni che risultano dal *fatto volontario* detto quasi-contratto, si debbono, secondo noi, ritogliere non solo le obbligazioni involontarie dei tutori forzati e dei loro pupilli, ma altresì le obbligazioni *egualmente involontarie* del minore o del demente il cui tutore è libero. A questo modo si sarebbe detto esattamente ciò che l'articolo precedente dice non esattamente: che le obbligazioni della seconda, terza e quarta classe si formano *volontariamente*, con un atto di volontà *dell'obbligato*, per un fatto *personale a quest'ultimo*, e si sarebbe potuto facilmente scorgere la differenza fra le obbligazioni che derivano *dal fatto dell' obbligato*, e quelle che si formano *senza alcun fatto dell'obbligato*. Ma la legge, che pareva avere adottato cotesto sistema nello art. 1370 (1324), lo abbandonò poi nel nostro; restando legalmente diverse le obbligazioni che nascono senza alcun fatto dell'uomo, e quelle che derivano da un fatto dell'uomo (non importa se derivi dall' obbligato o dall'altra parte).

Questa ultima idea senza alcun dubbio ha voluto manifestare la legge; l' articolo 1370 (1324) fu mal redatto e mal riprodusse il sistema di Pothier adottato dai compilatori; i quali, in generale, non esatti nelle definizioni, in questo titolo, da una parte, trascurano del tutto nel capitolo secondo di definire i delitti e i quasi-delitti, e dall'altra, danno al quasi-contratto una definizione che conviene parimente ai delitti e quasi-delitti. Costituisce quasi-contratto, secondo l'articolo, *un fatto volontario da cui deriva una obbligazione verso un terzo*; p. e. Un furto è un fatto volontario da cui deriva una obbligazione verso un terzo! un furto sarebbe dunque un quasi-contratto! I compilatori, sebbene seguaci di Pothier, trascurarono qui la idea essenziale che distingue il quasi-contratto dai delitti e quasi-delitti, che è il fatto *lecito e non riprensibile*; idea espressa così da Pothier: Dicesi quasi-contratto il fatto di una persona, *permesso dalla legge*, che obbliga, ec. (n. 113).

II. — Il nostro capitolo si occuperà di due quasi-contratti, la gestione degli af-

fari altrui (art. 1372, 1377 (1326, 1331)), e del fatto di aver ricevuto un indebito (art. 1378, 1381 (1332, 1335)); ma ben si comprende che ve ne siano altri.

I tutori, tutori surrogati, ec. che si sobbarcano agli uffici loro deferiti, potendo esimersene, formano un quasi-contratto, dappoichè da una mano, non vi ha alcuna convenzione, e dall'altra essi accettano volontariamente l'ufficio. L'amministrazione della cosa comune, tenuta da uno dei comproprietari, non essendovi nè società fra essi, nè mandato al comproprietario gerente, forma del pari un quasi-contratto; e i suoi effetti, come l'indole sua stessa lo manifesta, son governati per analogia dai principi del contratto di società combinati con quelli del quasi-contratto di gestione degli affari altrui.

Ammettesi in generale, che l'accettazione d'una eredità sia pure un quasi-contratto, non già fra l'erede e i creditori ereditari; ma fra l'erede e i legatari. Idea inesatta; il quasi-contratto se in quel caso esiste, esisterà tanto verso i creditori che verso i legatari.

Le obbligazioni a cui l'erede accettando è tenuto verso i creditori ereditari, non incominciano, non si formano da quando egli accetta; esistevano prima, si trasmettono solo dal defunto allo erede presso cui hanno la medesima sorgente, la medesima data che per lo innanzi; e siccome il quasi-contratto è il fatto (volontario e lecito) da cui sorge la obbligazione, sembra non potervi essere quasi-contratto, poichè non si genera la obbligazione. Ma l'accettazione non ingenera nello erede la necessità giuridica, l'obbligo di adempiere rispetto ai creditori i debiti del suo autore, come ingenera nei debitori ereditari l'obbligo di riconoscere l'erede, come colui che surroga e continua la persona del defunto con tutti i suoi dritti? Non è quindi l'accettazione della eredità, anche oltre quanto concerne i legati, un fatto (volontario e lecito) che ingenera obbligazione, che crea un legame giuridico fra le persone, e di conseguenza un quasi-contratto?

Tale è per le obbligazioni verso i legatari. Di certo i debiti di legato, differentemente dagli altri, non si trasmettono *dal defunto* all'erede, poichè non eran debiti di quello; di certo l'obbligazione di soddisfare il legato e il credito del legatario incominciano alla morte del testatore, e quando appunto nasce il debito (cioè all'apertura della successione) l'obbligazione è dello erede di cui l'accettazione retroagisce. Ma non perchè nascono insieme il debito e l'obbligazione dell'erede, deve inferirsi, come di ordinario si fa, che derivino da una medesima causa, cioè dalla accettazione dell'eredità.

Questa è la causa che *impone* allo erede il debito del legato (come i debiti preesistenti verso i creditori ereditari) ma non è la causa da cui *sorge* il debito. Che il debito del legato, il credito del legatario non sorgono dall'accettazione dell'erede, si pruova da ciò, che rinunziata da tutti gli eredi, ed anche dallo Stato una eredità su cui si fossero legati 20,000 fr., il legatario sarebbe sempre creditore dei suoi 20 mila fr. che potrebbe farsi pagare dai beni ereditari, dalla persona morale della *eredità*. Dunque il credito del legatario, il debito del legato non sorgono dalla accettazione dell'erede; al momento della morte, indipendentemente e senza la condizione di una futura accettazione, sorgono essi per la sola volontà della *legge* che dà tutta la efficacia alle ultime volontà regolarmente manifestate. L'accettazione impone unicamente allo erede la obbligazione preesistente, la quale, ov'egli rinunzii, graverà o su di un altro erede, o sullo Stato, o sulla medesima eredità; e se l'accettazione è un quasi-contratto, se ingenera obbligazione, lo è, come rispetto ai creditori ordinari, perchè l'erede si obbliga a tener come suo un debito preesistente.

Quindi, nell'uno come nell'altro caso, le obbligazioni non s'ingenerano dal fatto dell'accettazione dell'eredità; ma per tal mezzo l'erede le impone a se e fa sue. Non si comprenderebbe perchè Pothier (n. 115), e molti altri dopo lui, abbiano detto che l'accettazione formi un quasi-contratto solo rispetto ai legatari.

Noi crediamo sarebbe più esatto il dire, non esservi quasi-contratto nè rispetto ai legatari nè rispetto ai creditori o debitori ereditarî; che l'accettazione dell'eredità non fa ingenerare le obbligazioni propriamente dette, ma le fa soltanto passare da una persona ad un'altra, e quindi è una maniera di trasmettere la proprietà pei dritti tanto personali che reali; che la necessità giuridica di dover l'erede sostener come suoi i debiti ereditarî verso i creditori e i legatarî, come altresì la necessità giuridica di dovere i debitori ereditarî tener lo erede per loro creditore, in nome della eredità, non sono *obbligazioni* propriamente dette, ma piuttosto semplici applicazioni dei doveri generali che derivano dal trasmettersi il patrimonio mercè la accettazione; che da una mano, la necessità di dovere i debitori ereditarî riconoscere per loro creditore lo erede è il dovere di rispettare sempre l'altrui proprietà, essendo l'erede divenuto legalmente proprietario dei crediti ereditarî; che similmente la necessità di riconoscere lo erede come suoi i debiti verso i creditori e i legatarî, è un dovere che scaturisce dal possesso del patrimonio attivo e passivo, e non potrebbe porgere la idea di una obbligazione propriamente detta, che non si comprende distinta da ciascuno dei debiti che si vogliono soddisfare; che quindi, al postutto, l'accettazione della eredità è una maniera d'acquistar la proprietà, ma non una causa generatrice di novelle obbligazioni, e non potrebbe perciò costituire il quasi-contratto.

Nondimeno resti la idea che l'accettazione costituisca un quasi-contratto, professata da Pothier, e dai compilatori generalmente; ma osserviamo che si applica necessariamente tanto rispetto ai creditori e debitori, che rispetto ai legatarî (1).

E siccome per il fatto della accettazione i debitori ereditarî, secondo tal sistema, sono nella necessità giuridica, in una sorta di *obbligazione* di riconoscer lo erede per creditore, un quasi-contratto se può ingenerare obbligazione 1. presso l'autore del fatto soltanto, e 2. presso i terzi e insieme presso l'autore del fatto; può alle volte ingenerarne pure 3. presso i terzi soltanto e senza reciprocanza; in guisa che la definizione del nostro articolo; aggiungendo alle obbligazioni dell'autore del fatto quelle *reciproche* delle parti, è troppo stretta e meno esatta di quella di Pothier.

III.—Poichè il fatto che costituisce il quasi-contratto può ingenerare obbligazioni, non solo nell'autore del fatto, ma anche in una terza persona, a sua insaputa, e quindi non è necessaria la volontà di quest'ultima, perchè il quasi-contratto si rechi in atto e produca i suoi effetti, anche reciproci; tutte le persone, anche i dementi, possono con il quasi-contratto, che risulta dal fatto altrui, obbligare il terzo verso di loro ed essere obbligati verso di lui; come avviene pei pupilli e gl'interdetti, i tutori di cui accettano ben volentieri l'ufficio (Pothier, n. 215).

Se per formarsi il quasi-contratto non è bisogno del senno di colui che non ne fu l'autore, è necessario in quest'ultimo, poichè il quasi-contratto dev'essere un fatto volontario, un atto di volontà. Non sarebbe dunque un quasi-contratto il fatto di un demente o quello di un fanciullo senza ragione. Ma se vuolsi che l'autore del fatto abbia l'uso della sua volontà, la piena intelligenza dei suoi atti (essendo il quasi-contratto un fatto *volontario*), non è necessario che abbia la capacità di obbligarsi, di consentire; e quindi un pupillo di 18 o 20, anni sarebbe obbligato (poichè coteste obbligazioni non derivano dal consenso, ma dal fatto stesso e senza lo intendimento di obbligarsi). Ma siccome il minore può esser restituito per lesione, in ogni sorta di obbligazioni, escluse quelle che provengono dal suo delitto, o quasi-delitto, resterebbe soltanto obbligato in quanto si fosse arricchito. Se vi fosse colpa da parte sua, vi sarebbe quasi-de-

(1) Ed anzi, perchè l'erede con l'accettazione rende realmente *suoi* i debiti e crediti del defunto, i quali diventano suoi crediti e debiti *personali*. I legati restano, al contrario, dopo la sua accettazione, debiti dei beni ereditarî, di cui l'erede è tenuto solo fino alla concorrenza dei beni, come terzo detentore, e non mai personalmente.

litto, e quindi egli sarebbe tenuto per l'intero (art. 1310 (1264)).

Esaminati questi varî punti, che sono i più di pura teoria, ma che noi dovevamo qui trattare, almeno per la dirittura delle idee, veniamo alle regole pratiche dei due quasi-contratti, di cui si occupa il Codice.

§ 1. — *Della gestione di affari.*

1372 (1326). — Quegli che volontariamente intraprende un affare altrui, tanto se il proprietario ne sia conscio, quanto se lo ignori, contrae una obbligazione tacita di continuare l' amministrazione che ha incominciata, e di condurla al termine, sino a che il proprietario sia in istato di provvedervi egli stesso: debbe egualmente incaricarsi di tutte le conseguenze del medesimo negozio.

Egli si sottopone a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un espresso mandato avuto dal proprietario.*

1373 (1327). — È tenuto a continuare l'amministrazione, ancorchè il proprietario muoia prima che il negozio sia terminato e fino a che l'erede abbia potuto intraprenderne la direzione.**

1374 (1328). — È tenuto ad usare nella amministrazione dell'affare tutte le cure di un buon padre di famiglia.

Nondimeno le circostanze che lo hanno indotto ad incaricarsi dell'affare, possono autorizzare il giudice a moderare i danni e gli interessi derivati da colpa o da negligenza nell'amministrazione.

I. — Colui che senza mandato alcuno si fa gestore di un affare altrui, va soggetto (*contrae*, dice impropriamente la legge) alle obbligazioni che sorgerebbero da un mandato formalmente accettato per quello affare. Quindi deve continuare la amministrazione, sino a che il proprietario, o gli eredi *di lui*, possano provvedervi essi stessi, e l'amministrazione deve comprendere tutto ciò che possa dipendere dallo affare. La maggiore o minore estensione della espressione *dipendenze* (*dependences*) sarà valutata secondo le circostanze. Coll'intraprendere egli lo affare, non ha impedito che altri gestori, amministrino certe parti che possono a quello affare riannodarsi? Quali sono le cose di cui si è dovuto credere incaricato? Spetterà al magistrato il valutarle.

La *legge*, incaricando il gestore di continuare l'amministrazione fino a che si presentino gli eredi (art. 1373 (1327)), morto che è il proprietario, si è addimostrata più severa verso di lui che verso un mandatario, il quale vi è tenuto se dal ritardo possa derivarne pericolo (art. 1991 (1863)).

Il gestore dev' esser meno favorito del mandatario, poichè si è ingerito in un affare, non essendone stato richiesto. Altronde egli potrebbe certamente ritirarsi, vivente o morto il proprietario, se fosse ciò necessario per lui, dando i convenevoli provvedimenti, surrogando altro gestore, avvisando i parenti del proprietario, ecc., insomma facendo una ritirata non intempestiva nè pregiudizievole.

Egli deve dar conto della sua amministrazione più severamente che non un mandatario; pure si sarà più o meno severi secondo i casi; men severi certamente riguardo un tale che per semplice devozione al proprietario ha amministrato

* Il corrispondente art. 1326 fu così espresso: « Quegli che volontariamente si fa gestore di un negozio altrui, tanto se il proprietario ne sia conosciuto, quanto se lo ignori, ecc. ».

— La gestione degli affari è una maniera di rappresentare l'altrui personalità nei soli negozî stragiudiziali. Essa non può applicarsi ai giudizî senza gravi inconvenienti. In conseguenza, alcuno che non sia l'interessato, o procuratore di lui, non può istituire un' azione contro un terzo qualificandosi gestore di affari di colui, con cui il terzo abbia delle relazioni giuridiche. C. S. di Napoli, 6 febbraro 1855. Mensa arcivescovile di Anglona e Turser e Costanzo — Relatore Caracciolo, P. M. Falcone — (Rigetto).

** — Chi spontaneo si offre ad amministrare, non può intempestivamente rinunciare. C. S. di Napoli, 17 settembre 1838.

un difficile affare, di cui nessuno volea prendersi cura; che verso colui che ha intrapreso un affare, che altri erano prontissimi ad amministrare. Queste ed altre simiglianti circostanze saran valutate per determinare i danni-interessi, caso vi sia negligenza.

Se il gestore avrà surrogato alcuno nella sua amministrazione, il proprietario potrà direttamente dirigersi insieme e contro il surrogato, e contro il gestore (1994-2° (1866), § 2°).

II.—La legge dice: o il proprietario *conosca* o pur no l'amministrazione. Se la conosce, non vi è forse un mandato tacito? È vero che l'art. 1985 (1857) parla di mandati dati *per iscritto* o *verbalmente*, e quindi di mandati espressi; pure, poichè anche in Roma il mandato era puramente consensuale, nessun dubbio che si possa formare tacitamente.

Di leggieri si comprende come importante sia la quistione. Infatti, se vi è tacito mandato, quando il proprietario conosce l'amministrazione, il gestore, in forza di esso, avrebbe dritto di pretendere il ristoro di tutte le spese fatte in esecuzione di esso, fossero pure *inutili* (art. 1399 (1871)), mentre se dev'essere tenuto come gestore, avrebbe dritto soltanto alle spese utili (art. 1375 (1329)). — Vi è dunque mandato tacito, quando il proprietario conosce l'amministrazione?—Cotesta quistione non può risolversi in modo assoluto, perchè gli elementi essenziali per la sua soluzione debbono trovarsi in moltissime circostanze di fatto. Il proprietario ha potuto conoscere in generale l'amministrazione, e non già le sue specialità, non ha potuto impedire questo o quel fatto speciale perchè tardi da lui saputo. Spetterà dunque al magistrato il valutare queste cose.

1375 (1329). — Il proprietario il cui affare è stato bene amministrato, dee adempire le obbligazioni che il gestore ha contratto in suo nome; dee farlo indenne da quelle che ha personalmente assunte; e rimborsarlo di tutte le spese utili o necessarie che ha fatte.*

SOMMARIO

I. Obbligazioni del proprietario verso il gerente. Che cosa s'intende per gestione utile.
II. Il proprietario può, in conseguenza della gestione, avere delle obbligazioni e dei crediti diretti verso i terzi. Il gerente ha dritto agl'interessi delle sue spese dal giorno in cui le ha fatte.
III. Colui che ha avuto la gestione di un affare altrui, credendolo suo, avrebbe egualmente dritto al ristoro delle spese utili. Errore di Zachariae.
IV. Colui che ha amministrato non ostante il divieto del proprietario, ha dritto al ristoro di ciò di cui quello si è arricchito. Errore di Toullier e di Zachariae.

I.—I tre precedenti articoli ci espongono le obbligazioni del gestore verso il proprietario, questo quelle del proprietario verso il gestore. Perchè il proprietario sia obbligato verso il gestore, è necessario che lo affare sia bene amministrato, che si tratti di cosa utile. Il nostro articolo parla del proprietario di cui l'affare è stato *bene amministrato*, e vuole che egli ristori le spese *utili* (dice *utili o necessarie*, ma la prima espressione comprende l'altra).

Quindi è giusto che il gerente non abbia un'azione per un affare *non buono*, mentre il mandatario l'avrebbe (art. 1999, § 2 (1871)).

Ma per conoscere se una intrapresa fosse

* — Il gestore di negozi non ha dritto a pretendere compenso. C. S. di Napoli, 18 ag. 1840. — L'avvocato non ha diritto a potere pretendere compenso per la difesa eseguita senza mandato: neppure come utile gestore, quando il vantaggio ad altrui deriva da soli motivi estranei. C. S. di Napoli, 3 giugno 1851.

utile o pur no, non è necessario riguardarsi assolutamente lo evento, ed unicamente il vantaggio presente che ne ricava il proprietario, ma deesi risalire al principio dell' operazione. Un affare poteva utilmente intraprendersi, e un accidente imprevisto non l' ha fatto riuscir buono. Quindi il proprietario non è tenuto a niente sol quando lo affare non è buono in se, e fin dal principio, e la spesa è realmente inutile ed imprudente: il gestore è allora punito della sua temerità.

II. — Il gestore ha potuto contrarre obbligazioni o in nome del proprietario o in nome suo. Il proprietario deve ristorare il gestore delle ultime che quello è tenuto ad adempiere, ed egli stesso deve direttamente adempiere le prime, per modo che per l' amministrazione tenuta da altri il proprietario può avere obbligazioni dirette verso i terzi, e crediti diretti contro loro.

Del resto, quando pure il gestore si è obbligato nel suo nome, il terzo può agire tanto contro il gerente, che contro il proprietario per analogia del mandato (articolo 1998 (1870)) e a fin di evitare il circolo delle azioni. Viceversa, il terzo non avrebbe azione contro il proprietario (anche quando il gestore ha contratto in nome di costui) se lo affare è inutile, poichè allora il proprietario non è tenuto a niente. Il terzo può solo rivolgersi contro il gerente non in forza di un contratto, poichè il contratto non era fatto in nome di lui, ma in forza di un quasi-delitto, per il danno cagionatogli dalla sua imprudenza (art. 1382, 1383 (1336, 1337)).

Per analogia del mandato (art. 2001 (1873), il gestore ha dritto agli interessi delle sue spese dal giorno che l'ha fatte; come sorge dall'art. 2028 (1900), poichè per gl'interessi dà un'azione a qualunque fideiussore che ha pagato pel debitore, non distinguendo se avesse o no ufficio di mallevare, cioè se vi fosse stato mandato o semplice gestione.

III. — Zachariae (III, p. 182) insegna che le sopraddette regole non si applicherebbero a quello che ha amministrato lo affare altrui per errore, ritenendolo proprio. Egli dice, aver lui solo regresso per lo ammontare del vantaggio che cava il proprietario, e non già per tutte le spese, sebbene fatte utilmente, in circostanze in cui il proprietario le avrebbe certamente fatte, non avendo ottenuto un buon risultamento per qualche speciale accidente. Egli crede che il proprietario è allora tenuto per *l'autorità della legge*, secondo il principio che nessuno debba arricchirsi a spese altrui, e non già per il quasi-contratto di amministrazione di affari, perchè il gestore non ha inteso obbligare altrui, non sapendo che era un affare altrui. Errore secondo noi; il quasi-contratto di amministrazione si rinviene in qualunque gestione di affari altrui, quand'anche s'ignori di appartenere ad altri, e non si abbia lo intendimento di obbligarli.

Ricevendo un indebito, io sono obbligato di pagarvi i 1,000 fr. ricevuti, eppure io ignorava di non essermi dovuti: non era nè mio nè vostro intendimento che io mi obbligassi con voi. Dunque, se il fatto che costituisce il quasi-contratto, deve essere volontario, non bisogna che sia tale nel senso che sia fatto senza errore intorno alla sua natura e con la volontà di obbligarsi. E ciò è stato sopra spiegato. L'equità non si accorda con questi principî? Non dovreste voi tenermi ragione del mio danaro speso utilmente per voi e quando voi lo avreste pure speso?

IV. — Non potremmo nemmeno ammettere quest' altra idea del medesimo scrittore, sebbene conforme a quella di Toullier (XI, § 62), che colui che si è fatto gestore di un affare, malgrado il divieto del proprietario, non possa *niente* pretendere, nè pure ciò di cui quegli si sia arricchito, e deve legalmente stimarsi avergli voluto *far regalo* del suo. Non comprendiamo come alcuni interpetri del nostro Codice, così attaccato all'equità, tentino di riprodurre la dottrina di Giustiniano, intorno alla quale le opinioni dei giureconsulti romani eran divise, dottrina rigettata già da Pothier (Q. C. *neg. gest.*, numero 184). Uno dei principî fondamentali

del nostro Codice è, non doversi mai arricchire a spese di chicchessia, anche di un ladro. Voi dovete quindi ristorarmi di ciò di cui vi siete arricchito a spese mie. È incredibile intorno a ciò la dottrina di Toullier, il quale dice, che per applicarsi cotesta regola abbisognano *due* condizioni: 1° che sia *cum alterius detrimento*; 2° che sia *cum injuria*, cioè *sine jure*, in onta ai principî del dritto; aggiungendo che nessuna di tali condizioni vi è, quando alcuno s'ingerisce negli affari altrui contro il formale e speciale divieto del proprietario. Ma come mai il *cum alterius detrimento* sarebbe una condizione per applicarsi il divieto di arricchirsi a spese altrui, mentre è anzi un elemento che costituisce il divieto, perchè quelle parole significano appunto a spese altrui? Altronde, come mai si può dire da Toullier, che non esiste detrimento quando voi vi arricchite a spese mie? L'idea che il danno non è qui cagionato *cum injuria*, *sine jure*, e che è conforme alle regole del dritto, è appunto la quistione per la quistione. Noi crediamo fosse conforme ai principî del dritto romano, sebbene sia stato controverso in Roma; ma certo è contrario ai principî del Codice, secondo il quale nessuno MAI può arricchirsi a spese di un terzo, quand' anche questi sia *in colpa* e di *mala fede*. Ciò specialmente si vede con l'art. 555 (480) *che*, *mutando la regola del dritto romano*, stabilisce che colui il quale di *mala fede* ha fabbricato o piantato sopra l'altrui terreno, deve essere ristorato, mentre in Roma, essendo in colpa, si reputava aver donato: *donasse videtur* (articolo 555 (480), n. VI).

§ 2. — *Del pagamento dello indebito.*

1376 (1330).—Chi o per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, si obbliga a restituirlo a colui dal quale lo ha indebitamente ricevuto.

1377 (1331). — Quando uno che per errore si credeva debitore, ha pagato un debito, ha il dritto della ripetizione contro il creditore.

Nondimeno cessa tal diritto, quando il creditore, in conseguenza del pagamento, si è privato del suo titolo: nel qual caso è salvo il regresso a colui che ha pagato, contra il vero debitore.*

SOMMARIO

I. Questi due articoli preveggono due casi distinti; nel primo, la cosa può essere ridomandata (in quanto sia cosa pagata) per ciò solo che colui che l'ha ricevuto non era creditore. Errore di Toullier e di Zachariae.

II. Nel secondo articolo, l'errore di dritto dà luogo a ripetere, nell'istesso modo che l'errore di fatto.

III. Decisione inammissibile di alcuni giureconsulti romani. Colui che per errore paga pria di scorrere il termine, ha dritto a ripetere. Errore di Toullier e di Zachariae.

IV. Quando il creditore, cui io per errore ho pagato ciò che non gli doveva, ha soppresso il suo titolo, non si può più riflettere, se egli ha agito di buona fede.

* Massime della C. S. di Napoli:

— L'errore di fatto dà luogo alla ripetizione dell'indebito, 18 gennaro 1832.

— Il debitore di un annuo censo, che non si è valso della facoltà di ritenersi il decimo sopra le annualità pagate, non può ripetere, come indebito, ciò che non ha ritenuto, 3 dicembre 1846.

— Il giudice competente per la ripetizione di ciò che si è pagato in forza di un giudicato annullato dalla Corte Suprema, non è la stessa Corte suprema, non è il giudice in grado di rinvio, ma è il giudice regio, o il tribunale del domicilio del convenuto, secondo il valore della domanda. 22 dicembre 1846.

— Il volontario pagamento delle spese di una lite, tanto ordinarie, quanto straordinarie, non dà diritto alla restituzione di queste ultime in linea d'indebito, 13 febbr. 1849.

— L'indebito esatto debbe sempre restituirsi, nè si può invocare la prescrizione quinquennale. 18 marzo 1852.

I.—Questi due art. preveggono due casi distinti; nel primo chi ha ricevuto il pagamento (in apparenza) non era creditore; nulla dovevasi a lui, bensì ad altri o a nessuno; nel secondo, in vece, colui che aveva ricevuto il pagamento era il vero creditore; ma chi lo aveva pagato non era il debitore.

In quest'ultimo caso, allorchè chi ha ricevuto era creditore, chi senza obbligo almeno e *senza errore* lo aveva pagato non poteva ripetere, perchè è naturale che si riguardi colui che mi ha pagato una somma, un cavallo, o altro, conoscendo che nulla mi doveva, come se mi avesse pagato per conto della persona di cui ha amministrato lo affare. Il pagamento dunque sarà validamente ricevuto, e chi lo ha fatto senza errore non potrà ripeterlo. Avrà il suo regresso dell' azione *negotiorum gestorum*, contro colui per cui ha pagato. Nel primo caso, in vece, si potrà sempre ripetere la cosa pagata perchè non dovuta, senza distinguere se vi sia stato errore o no; e chi, conoscendo nulla dovermi, sotto pretesto di un pagamento, da me avuto per tale, mi avrebbe pagato una somma (forse per depositarla in una casa in cui temeva non si volesse ricevere con quel titolo) potrà riprenderla (1).

Non così a Roma. La ripetizione era ammessa allorchè la cosa indovuta erasi rilasciata per errore, e fatto a bella posta, *consulto*, dal dritto romano era riguardato come una donazione. *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.* (Digest., lib. 30, t. 17, 53).

Il nostro Codice, seguendo sempre il principio d'equità, ha rigettato un tal sistema, poco equo, di presunta donazione. Toullier (XI-60 e 61) e Zachariae (III, p. 183 e 185, nota 10) credono in questi articoli si rifermi il sistema del dritto romano. Ma è questo un errore rigettato dagli stessi testi degli articoli, e dallo spirito della legge.

L'argomento di Toullier (*nessuno* ne dà Zachariae) è che le parole *per errore* o *scientemente* dell'art. 1376 (1330) provano che le parole per errore sian poste con disegno nell'art. 1377 (1331), e a fin di esprimere una indispensabile condizione.

Senza dubbio alcuno, nell'articolo 1377 (1331) l'errore è indispensabile; ma esso riguarda il caso *di un vero creditore* a cui ho pagato il suo debito; e il caso di aver pagato ad un tale *ciò che non gli doveva* è previsto dall'art. 1376 (1330), che non vuole che per errore siasi fatto il pagamento. Or come Toullier non ha compreso che i due articoli non prevedono lo stesso caso?

La cosa che non si deve e si rilascia, anche senza errore, può riprendersi come cosa *pagata*: dappoichè se fosse stata rilasciata non come a pagamento ma come a donazione, il ripeterla non sarebbe possibile; tranne se la donazione fosse nulla e l'oggetto fosse un immobile; pure la donazione potrebbe essere valida, e non si avrebbe quindi dritto a ripetere se l'oggetto fosse mobile (vedi art. 931 (855, n. III) e 1235 (1188, n. I)).

Colui che vuol ripetere dee provare tre cose: che ha rilasciato l'oggetto, che lo ha rilasciato a titolo di pagamento, e che non era dovuto. Una cosa non si può ripetere come pagata indebitamente, allorchè vi è un debito naturale; vedasi su ciò la nostra spiegazione dello art. 1235 (1188).

II.—Quando si vuol ripetere un pagamento che si è fatto per errore, debbe considerarsi lo errore di dritto ovvero solo lo errore di fatto?

Dal dritto romano era ammesso quello

(1) Ma non potrebbe riprenderla che dalle mani di colui che l'ha ricevuto. *Secus* dalle mani di quelli a cui questi l' avrebbe trasmesso senza frode e in pagamento di un credito legittimo. — *V.* cassazione, 13 maggio 1823; Bordeaux, 2 apr. 1855; Cass., 28 aprile 1840; 31 marzo 1852; Parigi, 27 febbr. 1852; Ric., 7 marzo 1835 (J. P., 1853, tomo II, p. 401; 1855, tom. I, p. 541). — Non è così, almeno secondo noi, quando la rivendica ha per oggetto un immobile rivenduto da quello che l'avea indebitamente ricevuto; nel qual caso essa può farsi contro il terzo acquirente da chi ha indebitamente pagato l'immobile. *Vedi infra* sopra l'art. 1380 (1334), n. 3.

di fatto; ma stante i termini generali degli art. 1235, 1376 e 1377 (1188, 1330 e 1331), non si debbono più distinguere l'uno dall'altro errore; perchè non può credersi, che i compilatori del Codice abbiano riguardato l'inefficacia dell'errore di dritto come cosa che andasse da sè, mentre dagli antichi dottori era ciò controverso, tanto più che nei casi particolari in cui un tale errore loro è sembrato dover restare inefficace, hanno avuto cura di dichiararlo con esplicite disposizioni, che sarebbero state inutili se tale fosse stata la regola generale (articolo 1356, 2052 (1310, 1924)). Lo spirito del Codice Napoleone non è meno concludente, dappoichè se supponesi un uomo ignorantissimo il quale si è immaginato che la sua qualità di legatario metteva a peso suo il debito dell'erede legittimo, le regole le più semplici di giustizia ed equità naturale non richiedevano gli si restituisse la somma pagata per questa falsa credenza (1)?

III.—I giureconsulti Marcello, Celso ed Ulpiano (Dig., L. 12, t. 6, 26, § 13, *in fine*) insegnavano che colui che deve alternativamente due cose, e può liberarsi con una di esse a sua scelta, se le ha rilasciate entrambe, il creditore deve restituire quella che vorrà, dappoichè egli è divenuto debitore. Una tale decisione, rigettata in Roma anco da Giuliano e Papiniano, e pur respinta dal Codice Giustinianeo (L. 4, t. 5, 10) oggi non potrebbe ammettersi. Secondo il Codice Napoleone, il creditore non può ritenere oltre ciò che gli è dovuto. Dovendovi io o questa o quella cosa, era in me trattenermi quella che più mi piaceva. Spetta dunque a me il riprendere la cosa che vorrei, lasciandovi l'altra in pagamento. Del pari, se chi deve dare una cosa o un'altra ne ha rilasciata una, ignorando che il debito era alternativo, non è dubbio, malgrado la contraria decisione di Celso (Dig. L. 31, 19), che ei non abbia il dritto di riprenderla, rilasciando l'altra in suo luogo. In alcun caso, senza eccezione, il creditore non potrà, secondo il Codice Napoleone, trarre profitto dall'errore del suo debitore.

Secondo un tal principio d'equità ed ormai di dritto civile, il debitore a termine, che nell'ignoranza di esso paghi immediatamente quel che deve in un tempo più lontano, può, come si è stabilito nell'art. 1186 (1139), ripetere quel che ha pagato per goderne fino a che giunge il tempo del pagamento.

Il debitore che ha pagato con disegno non può più ripetere, poichè ha così rinunziato al beneficio del termine, come la intende l'art. 1186 (1130), e come provano le parole dell'oratore del Governo innanzi il Corpo legislativo. Ma allorchè un erede, il cui autore gli dovea 20,000 fr. da pagarsi in tre anni, prova che li ha pagato al momento, perchè ignaro di quel termine, come e con qual dritto vi appropriereste i franchi 3,000 di interessi che non vi erano dovuti?

Toullier (XI, 59, 60) imbevuto di tal sistema formalista, rigettato dal Codice, decide il contrario, e Zachariae (III, p. 185) lo segue.

Toullier dice, non si può ripetere quel che non era dovuto; non ostante il termine la cosa è dovuta. Sì, non ostante il termine la cosa è dovuta quanto al *capitale*, quanto alla *sostanza*, ma non essendo dovuti il godimento e gl'interessi, io voglio e posso ripeterli. Vi doveva io i 20,000 fr. di capitale, ma i 3,000 d'interessi che produrrebbero dal 1847 al 1850 vi erano forse dovuti?

« Se è un corpo certo, continua Toullier, la proprietà mi apparterrebbe innanzi al termine; ricevendola prima del tempo ne ho acquistato dippiù il possesso, che unito alla proprietà mi dà il più forte titolo che si possa avere. » Quale puerilità! Che cosa significa il vostro *titolo* che niuno vi nega, e la vostra *proprietà* che nessuno v'impugna? L'attuale possesso di cui vi fate forte per uscire dalla quistione, non vi era dovuto e vi è stato conferito *per errore*; esso riunisce perciò le due con-

(1) Toullier (XI-63); Duranton (X, 127, 128); Zachariae (III, p. 183).

dizioni da voi richieste per la ripetizione. « Ma finalmente, dice Toullier, chi soffre un pregiudizio non può chiederne la riparazione se non a colui che ne è la cagione ; qui è l'attore in colpa d'aver pagato pria del termine , e se dice averlo fatto per errore , gli si risponderà esser questa la sua colpa personale ». Toullier così va dirittamente a togliere dal Codice in tutti i casi il dritto di ripetere l'indebito. Infatti si dirà sempre all'attore: « Se per errore avete pagato ciò che non dovevate, è colpa vostra personale e non potete quindi dolervi che di voi...» Le idee di colpa non entrano per nulla nella nostra quistione, poichè il debitore non trae partito dagli art. 1382, 1383 (1336 1337), ma dal nostro art. 1367 (1321). Solo si può dire che se colui che ha ricevuto l'indebito, tanto nel nostro che in ogni altro caso , soffre qualche danno dalla restituzione che gli deve fare, potrà farsi ristorare del danno derivato dalla negligenza o disaccortezza di chi l'ha pagato. Lasciando quindi queste false idee di Toullier , torniamo alla proposizione semplice : siccome colui che paga troppo tardi paga meno di quel che doveva , *minus solvit qui tardius solvit*, così paga di più chi paga troppo presto. Egli può dunque, avendo pagato *per errore* , ripetere come indovuto ciò che ha pagato oltre ciò che doveva.

IV.—Nel medesimo caso in cui il non debitore paga a chi era realmente creditore , ma per errore e non mai come gestore dell'affare di colui (nel qual caso solo può esser luogo a ripetere), non può ripetere giusta il secondo paragrafo dell'art. 1377 (1331) se il creditore , eseguito il pagamento, ha soppresso di buona fede il suo titolo ; e chi ha pagato non può rivolgersi che contro il debitore di cui ha estinto il debito. Diciamo : se il creditore ha soppresso *di buona fede* il titolo, cioè, ignorando che non fosse il debitore che l'ha pagato. Perchè , sebbene l'art. non ne parla , questa circostanza è di certo necessaria , ed era nel pensiero della legge. « Se il creditore, *essendo in buona fede*, dice il rapporto al Tribunato, eseguito il pagamento, avesse soppresso il titolo del credito, non potrebbe, senza ingiustizia, rendersene vittima ; quello solo che male a proposito distrusse il titolo è responsabile delle conseguenze. » (Fenet. XIII, p. 4773).

Cotesta distinzione fra la buona e mala fede di colui che ha ricevuto l'oggetto indovuto è di base alle disposizioni dei seguenti tre articoli , che determinano fin dove si estenda l'obbligo di restituire.

Del resto, colui è di buona fede che crede essergli dovuta la cosa e la riceve e possiede come sua , mentre è di mala fede se la conserva, sapendo di non avervi alcun dritto.

1378 (1332).—Se quegli che ha ricevuto il pagamento , era in mala fede , è tenuto a restituire tanto il capitale, quanto gli interessi o i frutti dal giorno del pagamento.

1379 (1333).—Se la cosa indebitamente ricevuta è un immobile o è un corpo mobile, quegli che l'ha ricevuto, si obbliga a restituirla in ispecie quando esista, o il suo valore quando sia perita o deteriorata per di lui colpa: è altresì tenuto alla perdita per caso fortuito, se l'ha ricevuta in mala fede.

1380 (1334).—Chi ha venduta la cosa che ha ricevuta in buona fede, non è tenuto ad altro che a restituire il prezzo ritratto dalla vendita.

SOMMARIO

I. In che si estende l'obbligo di restituire , secondo che le cose sieno indeterminate o determinate, e secondo la buona o mala fede del possessore.

II. Cattiva redazione dell'art. 1379 (1333): per la colpa, *egli intende la* mala fede. *Motivi non spiegati dagli scrittori intorno alla mala redazione.*

III. Se l'immobile indebitamente ricevuto, è stato acquistato da un terzo, può esser rivendicato? Controversia, soluzione affermativa.

I.—Il primo di questi tre articoli s'applica alle cose indeterminate; gli altri due alle determinate individualmente o ai corpi certi.

Colui che ha indebitamente ricevuto somme di danaro o altre cose *quae numero, pondere*, *mensurave constant*, deve, sia di buona o di mala fede, restituire le identiche cose, ovvero altre di simile quantità e qualità.

Se è stato di buona fede, non è tenuto agli interessi, se pure egli stesso ne abbia percepito. Egli nel nostro Codice, diversamente che nel dritto romano, riguardasi non solo come debitore, ma anche come possessore, e perciò può far suoi i frutti con la sua buona fede. In vero egli è un debitore che ignora il suo debito e che si stima proprietario della cosa. Se di mala fede, deve pagare o il prezzo della cosa ovvero gl'interessi, se è danaro, quand'anche egli l'abbia percepito. Se essendo di buona fede nel dì che riceve, non lo è più al tempo che sta di mezzo fra il dì che riceve, e quello in cui dee restituire, gli interessi son da lui dovuti dal giorno della mala fede, poichè non è più possessore di buona fede, e quindi non può più far suoi i frutti.

Colui che ha ricevuto un immobile o un mobile determinato *in individuo*, deve restituirli in ispecie, se li possiede ancora; intorno ai frutti si applica la sopraddetta distinzione. Oltre a ciò, se di buona fede, non è risponsabile dei deterioramenti, nè della perdita derivata dalla sua negligenza (non ostante il testo dell' art. 1379 (1333)), di modo che egli è liberato per la perdita; se ha alienato, è tenuto al prezzo cavatone, sebbene inferiore al valore reale (art. 1380 (1334)); se invece è di mala fede al tempo dei deterioramenti, della perdita o dell' alienazione, deve restituire il valore reale della cosa, se perduta o alienata (1), e ristorare il proprietario se danneggiata, quand'anche i danni o la perdita sieno avvenuti per caso fortuito (1379 (1332)). Egli non sarebbe risponsabile dei casi fortuiti, provando che sarebbero anche avvenuti presso il proprietario (art. 1302 (1256); perchè secondo il principio del nostro dritto francese, che non si debba mai arricchire a spese d'altri, fosse anche un ladro, il proprietario non potrebbe farsi ristorare d' un danno che avrebbe anco patito, quando pure non si fosse pagato l'indebito.

II.—Abbiam detto che colui che ha ricevuto e possiede di buona fede un corpo certo non risponde dei deterioramenti, nè della perdita derivata dal fatto suo, o dalla negligenza nel tenerla o nel conservarla. L'art. 1379 (1333) par che dica il contrario, ma cotesta regola vi è espressa, sebbene mal redatta.

L'articolo oppone al possessore di mala fede quello che ha fatto perire o deteriorare la cosa *per colpa sua*. Non si può tenere in colpa rispetto a una persona quello che ha trascurato ed ha lasciato deteriorare o perire una cosa nella credenza di esser sua, e di non doverne dare alcun conto; *qui re sua abuti putavit*, *nulli querelae subiectus est*; quegli solo può essere in colpa che sapeva non appartenergli la cosa, ma per questo appunto egli è possessore di mala fede. Dunque il nostro articolo dicendo che si deve il valore della cosa se è perita o deteriorata per *colpa* del possessore, ha per ciò detto: se è perita o deteriorata, essendo *in mala fede* il possessore. Cotesta santissima regola abbracciava Pothier (*Prestito di consumo*, nn. 170, 171); ed è applicata dal Codice nell'art. 1631 (1477); ed i commentatori del nostro articolo, massime

(1) Ric., 14 giugno 1854 (J. P., 1853, tom. 2, p. 33).

Delvincourt, Toullier (XI-102) e Zachariae (III, p. 186), credono che sia quella del nostro articolo, ma nessuno ha spiegato come il mezzo dell'articolo così inteso, si accordi colla sua ultima disposizione.

La opposizione fra il mezzo e la fine sorge dalla mala redazione. Difatti, nella fine non si parla di quello che era di mala fede quando avveniva il caso fortuito, ma di quello *che ha ricevuto la cosa di mala fede* (come il seguente articolo, anzichè parlare, come doveva, di quello che ha venduto *la cosa* di buona fede, parla di quello che l'ha venduta posciachè l'ebbe ricevuto di buona fede), cioè il Codice per una inesatta redazione ha qualificato la buona o mala fede per il tempo in cui si è ricevuta la cosa, fatta astrazione, non coll'intendimento, ma colle parole, della mala fede sopravvenuta. Perciò la perdita o il deterioramento avvenuto (dopo aver ricevuto di buona fede) *per una colpa*, cioè per un fatto riprensibile ed imputabile, e quindi per un atto di mala fede, non ha avuto dai compilatori il nome di mala fede, la quale sopravvenuta di poi ha il semplice nome di colpa in contrapposto colla mala fede primitiva che è la sola detta così dal Codice. Ma tale inesatta ed insufficiente compilazione non toglie che sia in mala fede la persona in qualunque tempo sappia non aver diritto sulla cosa: tutte le regole del Codice sulla mala fede primitiva non devono applicarsi parimente a quella sopravvenuta.

III.—È controverso se l'immobile ch'è stato indebitamente ricevuto e poi alienato possa rivendicarsi da potere del terzo acquirente, da colui che lo ha indebitamente pagato. Toullier (XI, 97, 99) dice del no; Duranton del sì (XIII, 683), e noi seguiamo quest'ultimo. È nostra opinione, che qui, come per la celebre quistione delle alienazioni fatte dallo erede apparente (articolo 137 (143), n. IV), i varî argomenti che si oppongono al dritto di rivendica sono obbiezioni e ragioni per dubitare, le quali non entrano per nulla nella soluzione: la quistione va decisa colla semplicissima idea che non si ponno trasferire i dritti che non si hanno, e che la alienazione fatta da un non-proprietario non rende proprietario l'acquirente. Or colui che ha ricevuto per un preteso pagamento un immobile non dovutogli, non ha potuto divenirne proprietario, poichè la consegna fu fatta per errore e per una falsa causa (articoli 1109, 1131 (1063, 1085)); e di conseguenza quegli cui l'ha trasferito non è nemmeno proprietario. Potrebbe la cosa essere altrimenti se per tal caso si fosse fatta una eccezione al principio generale, ma questa manca.

Le obbiezioni a tal dottrina ci sembrano di poco momento. La rivendica contro il terzo, si dice in prima, non si ammetteva in Roma. Verissimo; ma noi non siamo più in Roma, e nel mentre il dritto romano riputava il creditore putativo qual vero proprietario, semplice debitore della cosa, il nostro Codice lo riguarda come possessore di buona o mala fede secondo i casi. Un possessore, anche di buona fede, non è proprietario.—Dicesi di più, che quegli a cui ho indebitamente pagato è *personalmente obbligato* di restituire; e che io non posso reclamare che da lui, come fosse una obbligazione, una relazione tra persona a persona. Ma da ciò che la persona sia obbligata a restituir l'immobile, non può inferirsi che ne sia proprietaria, nè che io abbia contro di essa un dritto personale senza averne uno reale. Dicesi finalmente, che ove non si fosse creduto di togliere in questo caso il dritto di rivendica contro i terzi, non si sarebbe scritto l'art. 1380 (1334), dappoichè se io potessi esercitar la rivendica contro il compratore, non mi avrebbero con quello articolo riserbato il dritto di chiederne il prezzo a chi lo ha alienato, molto più se fosse inferiore al vero valore. Ma, oltre che l'art. 1380 (1334) stabilendo il drittò di ripetere il prezzo, non toglie affatto quello di rivendicare la cosa, sarebbe altronde utile, anco sotto l'aspetto in cui lo riguarda il sistema contrario, per le cose mobili, poichè esse non si potranno mai rivendicare secondo la disposizione

dell'art. 2279 (2185) (il quale rende l'acquirente proprietario per l'immediato effetto del possesso); la rivendica delle cose mobili è la più frequente.

Si potrebbe in ultimo trarre argomento, benchè non si sia fatto, dai lavori preparatori, almeno quando il pagamento si è ricevuto di buona fede; perchè si legge, nel rapporto fatto in nome del Tribunato innanzi il Corpo legislativo, che solo la vendita di mala fede, non toglierà al proprietario il dritto di rivendica (Fenet, III, p. 487). Ma un tal rapporto racchiude inesatte opinioni, e specialmente l'idea di sopra confutata, che i due articoli 1376 e 1377 (1330 e 1331), non prevedono che un solo e medesimo caso (*ibid.* p. 484), e l'altra respinta a ragione da tutti gli scrittori ed anche da Toullier, che il possessore di buona fede risponde della perdita e dei deterioramenti avvenuti per fatto suo (*ib.*, p. 486), cotalchè non si può ritenere che sia quello il pensiero del legislatore, essendo in urto coi principî.

Bisogna dunque attenersi alle idee da noi esposte, e lo stesso Toullier ne confessa implicitamente l'aggiustatezza col dire (n. 48): « Gli è vero che il venditore aveva una proprietà revocabile, e che giusta gli articoli 2125, 2182 (2011, 2076) il venditore trasmette soltanto i dritti che aveva egli stesso, soggetti alle medesime risoluzioni, ma questo principio soffre *una eccezione unica* nel nostro caso ». Ove dunque è espressa questa eccezione di cui si sente il bisogno?

In nessun luogo; ed in conseguenza i principî rimangono in tutto il loro vigore: ciò riconobbe implicitamente una decisione di cassazione degli 11 aprile 1838 (Dev., 38, I, 306). Del resto, quando l'alienazione si è fatta di buona fede, l'attore in evizione sarà tenuto di rimborsare allo alienante tutto ciò che costui pagherebbe all'acquirente al di là del prezzo ricevuto; poichè, giusta l'art. 1380 (1334), il venditore di buona fede non deve mai restituire oltre il prezzo della vendita. È giustissimo, perchè se colui che ha ricevuto di buona fede l'indebito, nulla deve guadagnare (salvo i frutti che può riscuotere come possessore di buona fede), nulla deve neppur perdere, e se un danno deve patirsi, lo soffrirà certamente colui, *la imprudenza e disattenzione del quale ne sono la cagione.*

1381 (1335).—Colui al quale è restituita la cosa, dee rimborsare, anche al possessore di mala fede, tutte le spese necessarie ed utili che sono state fatte per la conservazione della cosa medesima.

I.—Tale articolo che, come i due precedenti, riguarda il pagamento d'un immobile o di un mobile determinato *in individuo*, e prevede la restituzione in ispecie dell'uno o dell'altro, è inesatto e incompleto. Inesatto: parlando delle spese *necessarie e utili* fatte *per la conservazione della cosa.* È spesa necessaria quella che tende a conservare la cosa; vi ha dunque insieme pleonasmo nelle parole *necessarie e fatte per la conservazione*, e contraddizione tra esse parole e l'aggettivo *utili.* Bisognava dire: spese necessarie; *cioè* fatte per la conservazione.—È per questo stesso incompleto, nulla dicendo delle *utili*, cioè fatte non per conservare, ma per migliorare, nè delle spese *voluttuose*, o di semplice piacere. Una sola e medesima spesa può essere necessaria per una parte, utile per un'altra, voluttuosa per il resto; quindi si dovrebbero applicare ad ognuna di esse parti le regole relative a ciascuna sorta di spese.

II.—Le spese per la conservazione della cosa si debbono, giusta il nostro articolo, restituire per intero e sempre, sia il possessore di buona o di mala fede.

Quanto alle spese semplicemente utili, quelle cioè, che non essendo indispensabili alla conservazione della cosa, la renderebbero solo migliore, dovremo, essendo muto il nostro articolo, applicare la regola generale dell' art. 555 (480) per qualunque possessore.—Le spese voluttuo-

se non si debbono ristorare dal proprietario, ma il possessore potrebbe ritogliere gli oggetti che ne sarebbero capaci, purchè rimettesse i luoghi nel primiero stato (art. 599 (524 M)).

Quindi nei rapporti fra chi ha fatto il pagamento con chi lo ha ricevuto, si ha soltanto riguardo alla buona o mala fede di quest'ultimo per le spese utili, giusta l'art. 555 (480), e non per quelle necessarie o voluttuose. Ma tal distinzione varrebbe sempre per colui che ha ricevuto riguardo al terzo acquirente, ed anche per il proprietario.—Così da una parte, un terzo acquirente, cui la cosa si fosse venduta di mala fede, potrebbe farsi ristorare dal venditore di tutte le spese, anche voluttuose, che il proprietario di buona fede non è tenuto ristorare.—È questa la formale disposizione dell' articolo 1635 (1481), ed è giustissima, poichè in tal caso da parte del venditore vi è un quasi-delitto che l' obbliga a ristorare tutto il danno cagionato.—Simigliante obbligo avrebbe per la medesima ragione (o in vantaggio di colui che ha ricevuto di buona fede il pagamento, o in vantaggio del terzo acquirente) un proprietario di mala fede, cioè che avrebbe pagato lo indebito conoscendo di non esser debitore.—Il proprietario dovrebbe ristorare tutto il danno cagionato dal fatto biasimevole da lui commesso, e le regole del primo paragrafo di questo n. II, riguardano soltanto colui che per errore ha rilasciato la cosa non dovuta.

CAPITOLO SECONDO

DEI DELITTI E DEI QUASI-DELITTI.

I.—Qui per delitto, come sappiamo, intendesi il fatto riprensibile e dannoso, compiuto con cattivo intendimento; e per quasi-delitto il fatto egualmente riprensibile e dannoso, compiuto con intendimento non malo.

Notiamo il significato che ha *in questo luogo* la parola delitto, perchè il delitto in materia civile non è lo stesso che quello in materia penale.

In dritto penale, la parola *delitto ha* due significati, generico l'uno, speciale l'altro; *lato sensu* significa qualunque fatto punito dal Codice penale; in un senso più stretto dinota il fatto punibile con pena correzionale, e si oppone al *misfatto* e alla *semplice contravvenzione*.—Quindi in diritto penale i *delitti* sono di tre specie: i *misfatti*, i *delitti* (specialmente detti) e le *contravvenzioni*. — Gioverebbe sostituire sempre alla parola delitto nel suo significato generico, la parola *infrazione* come nel Codice penale (Cod. pen., art. 15 ed altri; Cod. d'istruz. criminale art. 41 etc).

Il delitto civile non è sempre delitto penale, e viceversa il delitto penale non è sempre delitto civile; dimodochè va errato Duranton, insegnando (XIII, 697-698) che la parola delitto abbia qui il significato generico come nel dritto penale. Quindi lo stellionato, che è un delitto civile (art. 2059 (1934 M)), non è punito dalla legge penale; viceversa l' omicidio commesso per semplice imprudenza e non con animo di nuocere, è un delitto penale (Cod. pen., art. 319 (141)); non essendovi intenzione sinistra, non è un delitto civile, nè può essere che un quasi-delitto, supposto che l'omicidio abbia recato danno a qualcuno.

Similmente, un omicidio tentato, che è un misfatto (Cod. pen., art. 2), non potrebbe essere in dritto civile nè delitto nè quasi-delitto, dacchè non si è cagionato alcun danno, e quindi non vi è fatto dannoso.

II.—Il delitto e il quasi-delitto non possono esistere e dar luogo al ristoro del danno cagionato, che ove concorrano le due condizioni: 1° che il fatto sia illecito; 2. che sia imputabile all'autore.

È necessario in prima, che il fatto sia il-

lecito, cioè che si violi il dritto altrui, s'infranga un dovere, e non si eserciti il dritto. Per grazia di esempio, quello che innalza un muro sul suo terreno, rimpetto la mia casa, per quanto molesta e dannosa possa essere per me tal fabbrica, non commette un delitto. Inoltre vuolsi che il fatto illecito sia imputabile, cioè, volontario e che provenga da una libera determinazione. Quindi il fanciullo o il demente non possono essere autori di un delitto o quasi-delitto. —Parliamo del demente che compie un atto quando è fuori senno; poichè se fosse in un lucido intervallo, potrebbe essere autore del delitto o del quasi-delitto.

L'ebbrezza, per quanto profonda, non potrebbe impedire il rindennizzamento, essendo obbligati a ristorare qualunque danno cagionato, per una colpa, benchè leggera; e l'ubbriaco è in colpa. — L'ubbriachezza potrà scemare anche di molto l'uso della ragione, perchè non possa esservi delitto criminale, ma vi sarà sempre colpa per il fatto medesimo dell' ubbriachezza, e perciò, in materia civile, vi sarà se non un delitto, almeno un quasi-delitto.

III.—La legge tratta insieme dei delitti e quasi-delitti negli articoli 1382 e 1383, (1356 1357), dacchè vi consacra l'obbligo che sorge da qualunque atto dannoso e colpevole, sia stato o pur no accompagnato dall'intendimento di nuocere.

Del resto, il primo di essi articoli esprime chiaramente il principio, e il secondo, come vedremo, fa una ripetizione inutile, anche inesatta; e bisogna tenerla come non fatta.—Tratta poi esclusivamente dei quasi-delitti negli articoli 1384-1386, (1338, 1340), che si riferiscono ai casi di risponsabilità in cui non ha potuto esistere intendimento di nuocere.

1382 (1336). — Ogni fatto qualunque dell'uomo, che arreca danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.*

1383 (1337). — Ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza.

SOMMARIO

I. L'art. 1382 (1336) *abbraccia tutti i delitti e quasi-delitti. Importanza della parola* colpa.

II. Il non fare è colpevole, quando non si fa ciò che si era tenuto *di fare. Errore di Toullier.*

III. Qui si parla della violazione dei doveri generali, non di quella delle obbligazioni. Errore di Duranton.

IV. I delitti e quasi-delitti civili non traggono la solidarietà.

V. L'art. 1383 (1337) *è una ripetizione dello articolo* 1382 (1336), *e potrebbe togliersi.*

* Massime della C. S. di Napoli:

— L'arresto eseguito in virtù di sentenza del tribunal di commercio, che poi si dichiara incompetente, non dà diritto a' danni ed interessi, specialmente se la incompetenza non siasi da principio opposta, 22 aprile 1826.

— Il prevenuto in un giudizio di alto criminale non ha contro il querelante diritto alla riparazione civile, sia perchè trionfi nello stadio instruttorio o nell'altro di accusa, sia perchè venga assoluto in seguito della pubblica discussione.

Per ottenere questa riparazione, quando il prevenuto pretenda ottenerla presso i tribunali civili, non basta produrre l'atto ultimo della processura di alto criminale, quasi per dire che esso solo costituisca il titolo a sorreggere l'istanza di riparazione civile, ma debbe essere di proposito discussa sempre la risponsabilità del querelante a fronte di pruove legittimamente raccolte, 20 giugno 1850.

— Viola la legge quella decisione che cumula al giudizio della pertinenza dei danni quello intorno alla loro liquidazione. 8 marzo 1851.

— La condanna del creditore a' danni-interessi in caso di nullità di arresto, non è di obbligo, ma si rimette al prudente arbitrio dei giudici. Essa non saprebbe aver luogo quando la nullità dello arresto sia pronunciata non per fatto della parte, ma per difetto di forma imputabile all' usciere; come sarebbe la mancanza d' indicazione della professione e domicilio del debitore nell'atto d'incarcerazione, 20 marzo 1851.

— Non potendosi i danni esistenti determinare con perizia o pruove, può il magistrato determinarli con la sua prudenza. 27 settembre 1851.

I.—*Il* primo di questi articoli, che è stato in modo largo e comprensivo redatto, abbraccia tutti i casi possibili di delitti e di quasi-delitti, poichè fa derivare l'obbligo del ristoro da *qualunque siasi fatto* positivo o negativo, che cagioni danno ad altrui e sia avvenuto per colpa del suo autore.—Pertanto vi si comprendono indistintamente tutti i fatti dannosi e reprensibili, quelli in cui non si è avuto animo di nuocere (i quasi-delitti), e quelli in cui vi è stato intendimento di nuocere (i delitti).

Si deve notare la parola colpa, di cui alle volte si fa astrazione, e che è essenziale all'esattezza del principio. Spesso sentiamo a dire che qualunque fatto che rechi danno obbliga il suo autore all' indennizzamento. È grave errore. L'autore del fatto dannoso è obbligato al ristoro, quando il fatto è insieme riprensibile, cioè illecito ed imputabile, come già vedemmo; in breve, quando l' atto costituisce *una colpa* del suo autore, il quale non avendone il dritto, lo ha fatto con intelligenza, e col libero uso della sua volontà. — Così, come abbiamo già detto, la fabbrica da me fatta secondo le condizioni richieste dalla legge, sebbene occupi tutte le vostre finestre, a niente mi obbliga, perchè non è illecito il fatto, sebbene volontario e dannoso; parimente l'atto di un demente, che taglia i vostri alberi, non l' obbliga nemmeno, perchè il fatto dannoso se è illecito, non è però volontario.

In questi ed altri simiglianti casi non vi ha colpa, e dessa è necessaria, perchè sorga la obbligazione di ristorarsi il danno cagionato.

II. — Ed è così, tanto se si omette di fare che se si fa qualche cosa. Onde sorgere l'obbligazione, la omissione deve esser pure imputabile e illecita.

Nessuno ha mai negato che debba essere imputabile, e che un demente o un fanciullo non debbano rispondere delle loro omissioni come nè dei fatti positivi; ma Toullier non ha compreso che debba esser pure illecita, e che, come il fatto positivo obbliga quando è in urto *al divieto della legge*, così il fatto negativo può solo obbligare quando non si fa *una cosa dalla legge ordinata*. Siccome son tenuto per il fatto, quando non doveva farlo, così debbo rispondere di ciò che non ho fatto, quando *doveva farlo*. Come dunque Toullier, che molto bene svolge la prima idea (XI, 120), ha potuto negare l'altra, sostenendo (n. 117, art. 2°) che è sempre tenuto quegli che non ha impedito, potendo, un'azione dannosa? Non basta che l'abbia potuto, è necessario che l'abbia dovuto, e le autorità citate da Toullier contraddicono la sua dottrina. Egli invoca prima una legge romana, che dichiara il *proprietario* tenuto del delitto che ha lasciato commettere *dal suo schiavo* mentre avrebbe potuto impedirlo. Allega poi la legge prussiana che dice: « Colui che soffre scientemente ciò che poteva e *doveva* impedire ». Invoca finalmente Domat che dice similmente: « Coloro i quali potendo impedire un danno, che per un qualche dovere erano obbligati a prevenire... » E Domat cita l'esempio di un padrone che risponde di un fatto del suo domestico (articolo 1384 (1338)).

III. — Adunque i fatti positivi o negativi debbono violare un dovere.

Si noti che si dee violare un dovere propriamente detto, uno di quei doveri generali che esistono in vantaggio di tutti, e non già di quelli che esistono specialmente dalla tale alla tal persona e che formano le obbligazioni. Le violazioni delle obbligazioni son prevedute dalla sezione IV del capitolo III del precedente titolo (art. 1146-1155 (1100-1108)); il Codice qui tratta solo delle violazioni di doveri generali che chiama delitti e quasi-delitti; si deve schivare quindi la inesattezza di Duranton che confonde (XIII-710) le due classi di violazioni che il Codice ha dovuto distinguere e separare. Tal distinzione non deve farsi solo per aver diritte le idee, ma anche per una importanza pratica. Siccome la legge non dice in nessun luogo del nostro capitolo fino a quanto l'autore del fatto dovrà ristorare il danno cagionato, e se soltanto son dovuti i danni che si po-

tevano prevedere, come conseguenza del fatto, ovvero anche quelli che non si potevano prevedere; così parrebbe naturale (se si rendessero identiche le violazioni delle obbligazioni ai delitti o quasi-delitti, riguardando le prime come una specie di questi ultimi) applicarsi alla nostra materia la distinzione degli art. 1150 e 1151 (1104 e 1105), secondo i quali i danni che non potevano prevedersi, sono dovuti soltanto nel caso di dolo, onde sarebbero dovuti nei delitti e non già nei quasi-delitti. Errore: si deve ristorare, nella nostra materia, qualunque danno cagionato anche nella parte che non si sarebbe potuta prevedere al tempo del fatto in tutti i casi, nei quasi-delitti come nei delitti. La benigna disposizione dell'articolo 1150 (1104) che restringe il ristoro al danno che si è potuto prevedere, è, come noi vedemmo, il risultamento di una tacita convenzione, la quale non può ammettersi che di fronte ad un contratto, od al suo equivalente, il quasi-contratto.

Del resto, non sarà dovuto ristoro che pei danni che saranno dirette conseguenze del fatto, e di cui questo sarà unica causa, come fu spiegato sotto l'articolo 1151 (1105).

IV.—Vedemmo sotto l'art. 1202 (1155) che i quasi-delitti e delitti civili, al pari che i penali, generano la solidarietà. E taluni giureconsulti (massime Zachariae, tom. 2, p. 262) insegnando il contrario, han confuso la solidarietà coi casi in cui la cosa si deve da ogni obbligato *in totum* e non *totaliter*.

V.—Spiegato l'art. 1382 (1336) non si sa che fare dell'art. 1383 (1337).

Alcuni giureconsulti si sono avvisati che quest'ultimo si occupi esclusivamente del fatto compiuto senza cattivo intendimento, cioè del quasi-delitto; e che l'art. 1382 (1336) riguardi specialmente il fatto compiuto con animo di nuocere, con la colpa per eccellenza, cioè il dolo, e che è quindi delitto. Ma non può accogliersi cotesta interpetrazione, poichè l'art. 1382 (1336) non oppone l'imprudenza alla *colpa* (il che darebbe a quest'ultima parola il senso di colpa grave, di dolo) ma semplicemente al fatto. Nell'articolo non si dice: « Ciascuno deve rispondere del danno cagionato, non solo per *colpa sua* » ma « non solo per *fatto suo*,» cioè commesso senza o con animo di nuocere.

Probabilmente dunque si volle opporre il *fatto*, propriamente detto, al *non fare*, applicando l'art. 1382 (1336) ai delitti e quasi-delitti, che consistono in un fatto positivo, e l'art. 1383 (1337) ai delitti e quasi-delitti che consistono in un fatto negativo. Ma a prescindere che non è esatto opporre il fatto alla imprudenza, poichè può esservi semplice imprudenza tanto nel fare che nel non fare (come avviene specialmente nell'omicidio per imprudenza) la parola *fatto* nell'art. 1384 (1338) è usata nel senso lato, nè crediamo che si usi diversamente nell'art. 1382 (1336). Giova pertanto passar sopra cotesto art. 1383 (1337) che niente toglie al precedente, inteso come bisogna.

1384 (1338).—Ciascuno parimente è tenuto, non solo pel danno che cagiona col proprio fatto, ma ancora per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali dee rispondere, o delle cose che abbia in custodia.

Il padre, o la madre dopo la morte del marito, son tenuti pe' danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi;

i padroni ed i committenti pe'danni cagionati da' loro domestici e garzoni nello esercizio delle funzioni nelle quali gli hanno impiegati;

i precettori e gli artigiani, pe'danni cagionati da'loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la lor vigilanza.

La predetta garentia non ha luogo, allorchè i genitori, i precettori e gli artigiani provano che essi non han potuto impedire il fatto di cui avrebbero dovuto esser garanti.

SOMMARIO

I. Questo articolo e i seguenti noverano dei casi di quasi-delitto, in cui la colpa si presume di pieno dritto dalla legge. La pruova contraria a questa presunzione si ammette in alcuni casi.

II. Il padre risponde del minore che abita con lui, fosse anche emancipato. Si dissente da Toullier.—Si eccettua il caso del matrimonio. Essendo il padre interdetto, assente, o solo in viaggio, ne risponde la madre. Tutori, mariti, istitutori. Si ammette la pruova contraria.

III. Padroni e committenti. La pruova contraria non è loro conceduta.

IV. Evvi risponsabilità, senza distinguere se l'autore del fatto che ha recato danno, abbia agito con discernimento.—Errore di Toullier. Colui che agisce con discernimento è risponsabile.

I. — Quasi-delitti sono i casi nei quali il presente e i due seguenti articoli rendono una persona responsabile del danno cagionato o da altre persone sue dipendenti, o da animali o da cose che le appartengono, o che deve custodire. Imperciocchè tal risponsabilità ha per fondamento la presunzione, che l'obbligato abbia per colpa mancato di sorvegliare le persone, gli animali, o le cose in guisa da non recar danno ad altrui. Evvi dunque un fatto negativo, dannoso e riprensibile. Se non che l'attore non deve in questo caso provare che sia in colpa la persona risponsabile, essendo una presunzione della legge; mentre, negli altri casi, colui che domanda un ristoro deve provare, non solo che abbia patito un danno, e che gli sia venuto dal fatto dello avversario, ma che costui sia in colpa. La presunzione di colpa (che di pieno dritto deriva dalla pruova del danno *prodotto* dalle persone, dagli animali o dalle cose) è, secondo i casi, più o meno severa; ora il convenuto è facultato di provare che non ha potuto impedire il fatto, e perciò che non vi può essere nè colpa, nè risponsabilità; ora non può fare alcuna pruova, di modo che, quantunque alleghi di non aver potuto impedire, sussistono sempre la presunzione di colpa, e l'obbligo che ne sorge.

In questo, come in tutti i casi, in cui è ammessa la pruova testimoniale, l'attore o il convenuto può far la pruova anche con semplici induzioni, cavate dalle circostanze e lasciate in arbitrio del giudice cui può bastare una sola verosimiglianza. Più di una volta abbiam fatto parola dell'importante regola che qui ricordiamo, e che non si dee mai dimenticare, cioè che ove una parte dee fare una pruova (tranne nel caso in cui può ammettersi solo la pruova scritta, e in cui non vi sarebbe principio di pruova per iscritto) si deve procurare al giudice o la certezza, ovvero *una grave probabilità* che sia vero ciò che si allega.

II. — Il padre dee rispondere del danno cagionato dal figlio fino a che sia minore, ed abiti con lui, sia o no emancipato. Sebbene per l' emancipazione cessi legalmente l'autorità de' genitori (art. 372 (288)), una autorità morale esercitano essi sul figlio minore, finchè resti insieme con loro, e ciò basta per tenerli responsabili. La dottrina contraria di Toullier (XI-277) è rigettata da Duranton (XIII-215) e da Zachariae (III, p. 197), i quali insegnano che l'emancipazione d'un figlio indegno di un tal favore, anzichè esimere i genitori dalla risponsabilità, è una loro grave imprudenza. Non sarebbe così ove il figlio si maritasse; ma la risponsabilità allora cessa non per l'emancipazione, ma per il *matrimonio*, per di cui mezzo uscito dalla patria potestà diventa capo di famiglia, o passa sotto l'autorità del marito.

La risponsabilità è della madre, quando il padre è morto, interdetto, o solo fuori senno, senza che sia stato interdetto, assente dichiarato o presunto, o partito soltanto per un viaggio. Zachariae (*loc. cit.*) non ammette che ciò possa avvenire nell'ultimo caso; ma come mai il padre, che non è più risponsabile ove il figlio viva presso

uno istitutore, ovvero sia allievo presso un maestro poco lontano da lui, sarebbe egli risponsabile, essendo a cento o due cento leghe lontano? D' altra parte, come la madre, essendo lontano il padre, potrebbe togliersi la risponsabilità che pesa sopra una semplice istitutrice?

Essendo i coniugi separati di persona, la risponsabilità è di quello cui è affidata la custodia dei figli. Non essendovi matrimonio, risponde similmente quel genitore naturale presso cui vive il figlio; e vivendo insieme i genitori, ne risponde il padre.

Sebbene nel nostro articolo si contenga una eccezione rigorosa che non deve quindi estendersi per analogia; pure non sembra dubbio che il tutore, presso di cui vive il pupillo, sia pur risponsabile, perchè è in una condizione, non solo analoga, ma *identica* a quella del padre o dello istitutore. Similmente, se il tutore non avesse la custodia del pupillo perchè convive coll' avo, o con qualsiasi altra persona, ne risponderebbe chi ne ha la cura. Ma non sarebbe risponsabile il marito dei fatti della moglie, perchè non esercita su di lei una autorità, come quella che si ha sopra i fanciulli, e poi i terzi offesi potranno sempre rivolgersi direttamente contro la moglie, mentre nol potrebbero contro il minore. La donna maritata, anche minore, potrà sempre rispondere dei suoi atti.

Le riferite persone non hanno più risponsabilità, ove provino di non aver potuto impedire il fatto dannoso con tutta la loro sorveglianza e la loro cura. Non basterebbe certamente che un padre non avesse potuto in un caso speciale impedire il male, se fosse avvenuto per le male abitudini, e la cattiva educazione e la nissuna disciplina. Egli allora è in colpa, e perciò sarà tenuto a ristorare il danno che potrà esser cagionato (Bourges, 19 marzo 1821; Bordeaux, 1 aprile 1829). Gli istitutori e gli artigiani sono pure risponsabili del danno che i loro allievi abbiano potuto cagionare, essendo sotto la loro custodia, salvo pure a provare di non aver potuto impedire il fatto. Non sono istitutori sotto questo rapporto coloro che danno lezioni ad ora, senza aver la sorveglianza dei giovani.

III. — I padroni e i committenti sono tenuti del danno cagionato dai loro domestici o preposti. La qual regola si applica allo Stato, e alle varie pubbliche amministrazioni, riguardo ai loro agenti, preposti, impiegati, non meno che ai committenti particolari (1).

Due osservazioni. Da una parte, il danno deve esser fatto dai suoi domestici o preposti nello esercizio degli uffici a cui erano destinati; dall'altra, i padroni e committenti non possono togliersi la risponsabilità col provare di non aver potuto impedire il fatto dannoso. L'ultimo paragrafo del nostro articolo non accorda la pruova ai padroni e committenti, come al padre, alla madre, ecc.; ma non par dubbio, dalla lettura dei lavori preparatori, che ciò sia stato fatto a bella posta: « In nessun caso, fu detto, possono trarre argomento dal non aver potuto impedire il danno... Non debbono forse rimproverarsi di aver confidato in uomini cattivi, malaccorti o imprudenti? » (Fenet, tom. XIII, p. 476).

IV. — Checchè ne dica Toullier (XI-260 e 270), si è sempre risponsabile sia o pur no imputabile all'autore il fatto dannoso. Così, se un fanciullo di sei o sette anni, di cui il padre deve aver cura, lasciato libero nei campi, saccheggia con altri coetanei i ricolti o commette altri devastamenti, sebbene non vi sia colpa, e quindi nè delitto, nè quasi-delitto per parte del fanciullo che non sapea quel che si facesse, il danno è avvenuto per colpa del padre e quindi egli ha commesso un quasi-delitto. Il medesimo è di un commettente che avrebbe preso o conservato un impiegato demente, di un padrone che affiderebbe incarichi difficili, come il guidare una vettura, ad un fanciullo non svegliato o troppo giovane.

Toullier, stranamente ingannandosi, in-

(1) Amiens, 26 agosto 1831; Riom, 1 dic. 1831; Rig., 27 giugno 1832; Parigi, 23 genn. 1833; Parigi, 3 marzo 1834 (Dev., 32, I, 838; 33, I, 99 e II, 410; 34, II, 83).

siste intorno al *principio emanato dalla legge eterna ed immutabile*, che un fatto non potrebbe imputarsi a chi non ha avuto discernimento nel farlo; ma non sta in ciò la quistione. La legge non imputa il fatto allo autore, ma a colui che ha la colpa di essersi servito di quello, o di non averlo abbastanza vegliato. Giusta il seguente articolo, io sono obbligato pei devastamenti fatti dal mio animale: il mio cane ha agito forse con discernimento? La antica giurisprudenza, che Tonllier pretende conforme alla sua dottrina, era contraria, poichè, come egli stesso confessa, toglieva al padre la risponsabilità, anche per il danno cagionato da un fanciullo senza discernimento, se non avesse potuto prevenire o impedire il danno.

Allorchè l'autore del fatto ha agito con discernimento, di modo che è colpevole del delitto o quasi-delitto, l'offeso può rivolgersi o contro l'autore del fatto o contro la persona dichiarata per legge risponsabile, e in tal caso quest'ultima può rivolgersi contro l'autore del fatto per cagion del ristoro da essa pagato.

1385 (1339).—Il proprietario di un animale, o quegli che se ne serve, nel tempo in cui ne usa, è tenuto pel danno cagionato dall'animale, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o fuggito.*

1386 (1340). — Il proprietario di uno edifizio è tenuto pei danni cagionati dalla rovina del medesimo, quando sia avvenuta in conseguenza di mancanza di riparazione, o per vizio della sua costruzione.**

SOMMARIO

I. Risponsabilità del danno cagionato dagli animali.
II. Danno cagionato dalla rovina di un fabbricato. Rimando per gli altri casi di risponsabilità.
III. Termine in cui deve intentarsi l'azione per il ristoro del danno cagionato dai delitti o quasi-delitti.

I. — Del danno cagionato da un animale, *selvaggio* o domestico, è risponsabile il proprietario, tanto se fosse smarrito o fuggito, quanto se sotto la custodia del padrone o dei suoi dipendenti; la fuga dell'animale costituisce una colpa, perchè non si sono usate sufficienti cautele.

Il proprietario non potrebbe provare di aver fatto ogni cosa onde impedire il male; delle due cose l'una: o non ha preso tutte le prudenti cautele, ed è in colpa; o inefficaci riuscivano tutte le possibili cautele per la cattiveria dello animale, ed è *in colpa* per averlo conservato (1). Non *sarebbe* così, se il male fosse avvenuto per *colpa* dell' attore che avesse provocato lo animale, o gli si fosse avvicinato non ostante le raccomandazioni del custode.

La regola dell'art. 1385 (1339) si applica ai conigli di una conigliera, poichè chi è proprietario di questa, lo è di quelli; ma non si applicherebbe ai conigli vaganti nei boschi, nè ad altra cacciagione, poichè il proprietario del terreno non lo è della caccia. I proprietarî o fittuarî delle terre vicine potrebbero dolersi della troppa abbondanza della cacciagione, che recasse loro nocumento; ma invece di chiamar risponsabile il convenuto giusta i nostri articoli, potrebbero allegare soltanto gli art. 1382-1383 (1336-1337), e ne otterrebbero un ristoro, ove provassero che

* Il proprietario di un animale è tenuto al danno da questo commesso, anche senza sua colpa; non mai però con l'arresto personale. C. S. di Napoli, 31 gennaro 1832.

** Il proprietario di un edifizio crollato per vizio di costruzione non può sottrarsi al rifacimento del danno altrui cagionato dalla rovina del medesimo pel semplice motivo che questa rovina abbia avuto luogo dopo il decennio. C. S. di Napoli, 15 dic. 1849.

(1) Parigi, 20 marzo 1846 — Gazzetta dei tribunali, e il Dritto del 21 marzo.

per mancanza del loro avversario si è la cacciagione infinitamente accresciuta (1).

La risponsabilità legale è ugualmente imposta a colui che, non essendo proprietario dell'animale, lo ha sotto la sua cura, lo abbia in imprestito o a nolo ovvero in deposito; ma se dal padrone non è stato avvertito della natura difficile e pericolosa dell'animale, potrà rivolgersi contro colui. Non fa mestieri dire che non si potrebbe più sotto il Codice, come per dritto romano, sottrarsi all'obbligo di riparare il danno, lasciando l' animale che lo ha cagionato alla persona lesa.

II. — Un ultimo caso di risponsabilità legale è previsto dall'art. 1386 (1340). Il proprietario d'una fabbrica crollante è risponsabile del danno cagionato dalla sua caduta, se questa avviene per mancanza di riparazione o per vizio della costruzione; ma in quest'ultimo caso il proprietario può rivolgersi contro gli architetti o intraprenditori (art. 1792 (1638)). Il proprietario si presume di pieno dritto in colpa, poichè ha dovuto conoscere il non buono stato in cui era la sua casa, non che i suoi difetti, e le riparazioni di cui avea d'uopo, nè potrebbe provare d'essere stato ingannato, e di ignorarli.

Altre risponsabilità sono governate da leggi speciali che sono a parte del Codice Napoleone. Per esempio, la legge del 10 vendemmiario anno 4, dichiara i Comuni risponsabili del danno cagionato sul loro territorio dallo affollamento di genti; ma la Comune può toglier da se la risponsabilità provando: 1° che il danno è stato cagionato da stranieri; 2° che ella ha fatto del suo meglio per prevenire il disordine o reprimerlo.

Vedremo anco, nel Codice Napoleone, altre risponsabilità. Ove bruci una casa, gli art. 1733, 1734 (1579, 1580) presumono in colpa, in vantaggio del proprietario, tutti i pigionali della casa, dichiarandoli fino alla pruova contraria, autori risponsabili, e solidariamente, del danno che ne è provenuto al proprietario. Tali disposizioni, così rigorosamente eccezionali, per la ragione sopraddetta, non potrebbero estendersi, e la presunzione così stabilita in vantaggio del proprietario, non potrebbe essere da altri reclamata. Ciò non è affatto dubbio, benchè Demante lo metta in quistione nel suo *Programma* (II, 879).

III. — Diamo fine a questa materia dei delitti e quasi-delitti con indicare il termine dell' azione con cui si chiede il ristoro di un danno.

Le azioni personali durano trenta anni, per i delitti o quasi-delitti come sempre; pure si farà eccezione ove il delitto o quasi-delitto possa essere punito dalla legge criminale. L'art. 2 del Codice d' istruzione criminale dà un medesimo termine all' azione civile pel ristoro del danno e a quella criminale. Non si è voluto, che prescritta l'azione pubblica si potesse allegare o provare un misfatto da punirsi, anche senza dargli pena. La quale prescrizione, secondo gli art. 637, 638 e 640 (614, 615 M e 616) dello stesso Codice; è di dieci anni per i misfatti, di tre per i delitti e di uno per le contravvenzioni.

Ma se la parte offesa, che sapeva di esservi stato un misfatto punibile, avesse soltanto dedotto un semplice fatto civilmente riprensibile, potrebbe con tale precauzione intentar l'azione nel corso di trenta anni, come sempre che il delitto civile, o quasi-delitto non costituisce una infrazione punita dalla legge penale. Negli altri casi l'azione durerà dieci anni, tre od uno, secondo la sopraddetta distinzione.

(1) Rig., 22 marzo 1837 (Dev. e Car., 1837, 1, 298).

SUNTO DE' TITOLI III E IV.

DELLE OBBLIGAZIONI.

I. — Si chiama *obbligazione* il vincolo che astringe specialmente uno a prestar qualche cosa ad un altro.

La necessità speciale ad una o più persone e che corrisponde quindi a un dritto puramente relativo e personale, cioè ad un credito, costituisce per se sola la obbligazione. La necessità generale e comune a *tutti*, che corrisponde al dritto assoluto, al dritto reale, forma un *dovere* che si è parimente nell'obbligo di non infrangere, ma che non deve confondersi con la obbligazione propriamente detta.

Così per esempio, mentre il semplice dovere ha sempre per oggetto lo astenersi dai fatti che nuocerebbero ai dritti di un terzo, la obbligazione, al contrario, può avere per oggetto, o di astenersi da un fatto, o di compirlo o di trasferire la proprietà o i suoi smembramenti, o di procurare una cosa con qualunque altro titolo. La obbligazione è sempre per noi, come pei Romani — *vinculum juris quo necessitate adstringimur*, *ad aliquid dandum*, *vel praestandum*, *vel faciendum*, *vel non faciendum* (art. 1101 (1055)).

II. — Onde trattare con ordine la importante materia delle obbligazioni, noi studieremo successivamente e in cinque capitoli:

1. Le *sorgenti* della obbligazione;
2. Le diverse *specie* delle obbligazioni;
3. Lo *effetto* delle obbligazioni;
4. Le cause di *estinzione* delle obbligazioni;
5. Infine, la *pruova* delle obbligazioni e della loro estinzione.

CAPITOLO PRIMO

SORGENTI DELLE OBBLIGAZIONI.

III. — La obbligazione può nascere da cinque diverse sorgenti: il Contratto, il Quasi-contratto, il Delitto, il Quasi-delitto, e la Legge.

Tutte le obbligazioni sorgono necessariamente dalla legge (dalla legge civile immediatamente, e insieme dalla legge naturale mediatamente). Ma mentre per lo più esse tengon dietro ad un fatto dell'uomo che costituisce un contratto, o quasi-contratto, o un delitto o quasi-delitto, talune derivano senza alcun fatto dell'uomo e per effetto delle svariate circostanze che era impossibile comprendere con una sola denominazione. La sorgente delle prime, divise in 4 classi, si è indicata col nome generico del fatto che le precede (contratto, quasi-contratto, delitto, quasi-delitto), riservando alle altre il nome del principio comune a tutte (la legge), che diviene così una denominazione speciale per la quinta classe (art. 1170 (1123)).

SEZIONE PRIMA

DEI CONTRATTI.

IV. — Per *contratto* o *convenzione* (essendo queste due parole sinonime nel Codice) intendesi ogni accordo di più volontà intorno ad un oggetto di interesse giuridico, *consensus plurium in idem placitum*.

Il contratto, che è la sorgente più frequente delle obbligazioni, può anche pro-

durre altri effetti, come noi vedremo nel fine di questa sezione (n. XXVII). Ma noi qui lo studieremo soprattutto come generatore delle obbligazioni; a cui soltanto si applicano le regole dei paragrafi seguenti (art. 1101 (1055)).

§ 1. — *Delle diverse specie di contratti.*

V. — Vi sono cinque principali divisioni di contratti.

1. Essi si dividono in *bilaterali* (o sinallagmatici) e *unilaterali*, secondo che creano obbligazione da una parte e dall' altra, o solo da una parte. Se il contratto, creando di presente una sola obbligazione, può farne sorgere una reciproca con la esecuzione stessa della convenzione, nomasi *sinallagmatico-imperfetto* (articolo 1102, 1103 (1056, 1057)).

2. Il contratto è di *beneficenza* o a *titolo gratuito*, quando l'una delle parti rende all'altra un servigio col procurarle un vantaggio senza equivalente; è a titolo *oneroso*, quando ognuno dei contraenti intende procurarsi un vantaggio. — Il contratto a titolo oneroso è *commutativo*, se è certo il vantaggio delle due parti; è *aleatorio*, se per le due parti, o solo per una, è incerto il vantaggio (articolo 1104, 1106 (1058, 1060)).

3. Il contratto è *nominato* o *innominato*, secondo che la legge lo nomini specialmente o pur no. Ma fra noi diversamente che in Roma, esso è obbligatorio in tutti e due i casi (art. 1107 (1061)).

4. Il contratto è *principale*, quando esiste per sè stesso; *accessorio* quando esiste subordinato ad un altro.

5. Infine il contratto è *solenne* o *non solenne*, secondo che per esistere legalmente, si richiedano o no alcune formalità. I soli contratti solenni sono: la donazione fra vivi, le convenzioni matrimoniali e la costituzione d'ipoteca; ma noi parliamo soltanto dei contratti ordinari pecuniari, e non dei contratti puramente morali, come il matrimonio e l'adozione, che hanno règole proprie *(ibid.)*.

§ 2. — *Delle condizioni richieste per la validità dei contratti.*

VI. — Quattro condizioni sono necessarie in tutti i casi per la validità del contratto e delle obbligazioni che ingenera:

1. Il consenso delle parti;
2. La capacità di ogni parte che si obbliga;
3. Un oggetto della obbligazione, lecito e abbastanza determinato;
4. Infine, una causa parimente lecita.

Inoltre i contratti solenni abbisognano di certe formalità speciali (art. 1108 (1062)).

1. Del consenso.

VII. — Il consenso, lo accordo delle volontà, *consensus*, è essenziale in ogni contratto; non è solamente necessario perchè sia valido ed efficace, ma perchè esista e si formi, poichè esso costituisce il contratto. Se dunque una delle parti che hanno contratto (o piuttosto che sembrano aver contratto) era nel far l'atto fuor di senno o per accesso di follia o per febbrile delirio o per ubbriachezza, o per altra qualunque causa, il preteso contratto non esisterebbe, la convenzione non si sarebbe formata, non essendovi *consensus* (art. 1108 (1062)).

Così parimente, se le parti, nella pienezza delle loro facoltà, avessero compreso questa una cosa, e quella un'altra, e non si fossero accordate sulla natura o sull'oggetto del contratto che voleano fare. Così se per un determinato prezzo, voi avete inteso darmi in affitto un oggetto, ed io intendeva comprarlo, ovvero quando voi volevate parlare di uno dei vostri beni, ed io

ne intendeva altro, non ci è stato accordo delle nostre volontà, non si è potuto formare il contratto (*ibid.*).

Costituendosi il contratto dallo accordo delle volontà, la semplice *pollicitazione*, cioè la offerta, la proposta fatta da una parte e non peranche accettata dall'altra, non potrebbe produrre alcun legame. Siccome l'uomo non può, al pari di Dio, leggere fino nel pensiero; siccome quindi il dritto positivo, il foro esterno, deve solo tener conto della volontà manifestata; il contratto si forma con l'accettazione espressa, o in iscritto, o in parole o in fatti; non basterebbe una *volontà in mente retenta*. Dirà il giudice *in fatti* se il pensiero sia o no abbastanza manifesto (*ibid.*).

VIII.—Se il mutuo consenso delle parti, se il concorso delle loro volontà è bastevole a formare il contratto, non lo è perchè sia valido; ed il contratto, formato una volta, potrebbe essere infranto, se il consenso, quantunque reale, si fosse dato per errore o estorto per violenza. La lesione ed anche il semplice dolo, di cui una parte è stata vittima, menano qualche volta allo stesso risultamento. In tutti i casi, lo annullamento deve essere domandato in un termine richiesto che appresso indicheremo.

IX.—*Dell'errore.*—Qui non trattasi dello errore pel quale non esisterebbe consenso, e quindi contratto, ma solo di quello che vizia il consenso, e per cui può farsi annullare un contratto realmente formato (articolo 1109 (1063)).

La legge permette che si annulli il contratto per causa di errore: 1. a chi si è ingannato sulle qualità sostanziali dell'oggetto, cioè su quelle che, non capaci di *più o meno*, fan passarlo da una classe in altra, secondo che esistano o no; 2. a chi ha convenuto con una persona scambiandola per un'altra, quando la considerazione di essa era causa principale e determinante il consenso (art. 1110 (1064)). Di cotesta facoltà, forse esorbitante, può farsi esercizio, purchè l'attore provi lo errore; e quand'anche questo fosse provato, e si ammettesse lo annullamento, potrebbe egli, secondo le circostanze, essere condannato a' danni-interessi per il nocumento recato all'altra parte, con la leggerezza con cui ha contratto (*ibid.*).

X.—*Della violenza.*—Quando una persona si è determinata a fare un contratto per minacce di violenza accompagnate o no da violenze presenti, onde schivare un male considerevole che per quelle minacce egli ragionevolmente teme, la legge riguarda a buon dritto come incompleto e insufficiente il consenso, e permette che il contratto si annulli. Se il timore del contraente sia o no ragionevole, deve valutarsi secondo le circostanze di età, di sesso, di educazione, ecc., della persona contro cui si è usata la violenza (articolo 1111-1115 (1065-1069)).

Il male considerevole per il timore di cui si può annullare il contratto, deve essere personale al contraente.

Ma sovente, il male minacciato direttamente ad altra persona, è un male per me; l'uomo può essere minacciato non solo nel suo corpo o nelle sue sostanze, ma anche nei suoi affetti, e nei suoi sentimenti. Quindi dovrebbesi annullare il contratto consentito da me, perchè temeva lo assassinio del fratello, dell'amico, dello estraneo stesso.

Giudicheranno i tribunali, dalle circostanze di ogni affare, se il male che doveva soffrire il terzo fosse stato pure un male considerevole per lo stesso contraente.

Evvi un caso poi in cui non si dà luogo a questa valutazione perchè è *sostituita* dalla presunzione stessa della legge.

Essendo il terzo coniuge, o parente in linea retta di chi contrae, il male che dovea colpire il terzo, partorisce il medesimo effetto, come se direttamente avesse minacciato il contraente (*ibid.*).

Il timore, se pure gravemente scemasse la libertà del consenso, non farebbe annullare il contratto, se non fosse immorale nè nella sua causa, nè nel suo oggetto. Così il profondo rispetto che il contraente

può avere verso una persona, la estrema timidezza che essa gli ispira, la paura che sente di avversarla in niente, non saranno mai cagione di annullamento, se altronde non vi fosse stata minaccia di un male considerevole, timore di danni reali (*ibid.*).

XI. — *Della lesione.* — Il danno provato da una parte in un contratto, è alle volte riguardato dalla legge come lo indizio di un consenso troppo poco illuminato, o inceppato nella sua libertà, e strappato dalla miseria, o da malaugurate circostanze; cotalchè può annullarsi la convenzione per insufficienza di consenso.

La quale regola si applica in vantaggio dei minori non emancipati, per tutti gli atti che saranno fatti da essi soli, in luogo del loro rappresentante, o per lo meno sotto la autorità di lui (1), e in vantaggio dei minori emancipati, per gli atti che eccedono la loro capacità determinata nel titolo X del libro I. I maggiori possono allegar la regola: 1° nelle divisioni, per lesione di più di un quarto, e 2° nelle vendite di immobili, per lesione di più di sette dodicesimi (art. 1305 e 1118 (1259 e 1072).

XII. — *Del dolo.* — Per dolo intendonsi tutte le male pratiche, tutti i mezzi fallaci diretti a trarre con inganno una persona a fare un contratto.

Il dolo per sè stesso, e in quanto dà una azione speciale, non è un vizio di consenso e una causa di annullarsi il contratto. Ma in un dato caso producendo i i medesimi risultamenti, per ciò la legge lo pareggia ai vizi del consenso.

Delle due cose l'una; o l'errore cagionato dal dolo versa sulle qualità sostanziali della cosa, ovvero solamente sulle qualità accidentali e secondarie.

Nel primo caso, il vizio del consenso e la causa di annullamento non è il dolo, ma il medesimo errore che avrebbe sempre prodotto quello effetto, quand'anche non si fosse usato alcun dolo. L'azione allora si fonda sull'errore, e non mai sul dolo.

Quando lo errore riguarda le qualità accidentali, il dolo produce il suo proprio effetto; ma essendo il consenso vizioso per cosa secondaria, non può annullarsi il contratto, per insufficienza di consenso. — Il contratto dunque rimane valido, e lo ingannato può soltanto pretendere dall'autore del dolo i danni-interessi. — Se l'autore del dolo è un terzo, si pagherà una somma di danaro che rappresenti il valore del danno sofferto, secondo che sarà valutato. Se invece il dolo fu praticato da quello con cui si è convenuto; non è necessaria la stima, ma con un mezzo semplice si darà un ristoro rigorosamente esatto, rimettendo le cose allo stesso stato, come se non avesse mai avuto luogo il contratto. Quindi il dolo, quantunque in sostanza faccia sorgere una azione personale di ristoro, fa annullare il contratto se proviene dalla medesima parte.

Per manifestare cotesta idea si è detto, che il dolo è *in personam*, mentre l'errore, la violenza, e la lesione sono *in rem*; cioè che il dolo è causa di annullamento relativamente o riguardo al contraente che ne è in colpa, mentre lo errore, la violenza e la lesione sono cause assolute, e che direttamente attaccano lo stesso contratto (art. 1116 (1070)).

XIII. — Da ciò una pratica conseguenza importantissima. — Se alcuno abbia alienato la proprietà di un immobile per ragione di errore, di violenza o di lesione, il contratto, che può assolutamente annullarsi, si annullerà pure per gli acquirenti, i quali non possono avere un dritto maggiore dello alienante. — Il semplice dolo, al contrario, che lascia il contratto in sè valido, e non può farlo an-

(1) Regolarmente l'atto deve farsi da chi rappresenta il minore; ma il concorso di lui nell'atto che farebbe il minore da se stesso, basterebbe per non rescindersi per lesione; agendo insieme il minore e il suo rappresentante, la presenza del primo non potrebbe rendere inefficace quella dell'altro. Perchè l'atto consentito dal solo minore, possa soltanto annullarsi per lesione è necessario che abbia egli intelligenza dei suoi atti: senza ciò l'atto sarebbe radicalmente nullo, inesistente per mancanza di consenso (art. 1305 (1259), n. IV).

nullare che per una azione personale, contro chi l'ha usato, non permetterà di agire contro il secondo acquirente; e colui che è stato vittima del dolo, avrebbe il dritto di essere ristorato in danaro da colui che ha praticato il dolo, o da'suoi rappresentanti. Abbiamo supposto l'alienazione di un *immobile* perchè il principio, che in fatto di mobili il semplice possesso di buona fede rende immediatamente proprietario, metterebbe al coverto il secondo acquirente, tanto se vi fosse stato errore, violenza e lesione, quanto se dolo.

N. B. Il già detto si applica unicamente al dolo che ha determinato il contratto, senza di cui la parte non avrebbe contratto, e dicesi dolo principale (*dolus dans causam contractui*). Se fosse semplicemente un dolo, senza di cui la parte avrebbe parimente contratto, ma con migliori condizioni, dolo che dicesi incidente (*dolus incidens in contractum*), si dovrebbero sempre i danni-interessi; ma sempre in danaro, e non si potrebbe fare annullare il contratto, se pure il dolo si fosse praticato da colui che ha contratto (*ibid.*).

2. Della capacità.

XIV.—Oltre alla capacità naturale, essenziale alla formazione del contratto, vuolsi anche, perchè desso sia valido, la capacità legale di obbligarsi, la quale richiedesi non in tutte le parti che contraggono, ma in quella soltanto che si obbliga; e ov'ella manchi, l'incapace solo può far pronunziare l'annullamento della convenzione, ma deve domandarlo nel termine e con le condizioni richieste dalla legge, che qui appresso indicheremo.

Sono incapaci di obbligarsi legalmente: 1. gl'interdetti; 2. le donne maritate; e 3. alcune altre persone in casi previsti da speciali testi. Nondimeno le donne maritate, e gl'interdetti in parte, cioè, che dipendono solo da un consulente giudiziario, possono obbligarsi in certi casi, come noi abbiamo svolto nel sunto dei titoli V, X, ed XI del primo libro.

I minori, sebbene il Codice di ordinario e per vizio di redazione li colloca primi fra le persone incapaci di contrarre (art. 1124 (1078)), nel sistema della legge non sono affatto incapaci, ma solo possono essere restituiti per lesione, come abbiam visto al n. XI. Questo vero, abbenchè vivamente contrastato, non dovrebbe presentarsi più dubbio in faccia ai vari testi, al confronto del dritto nuovo coll'antico, in faccia alle positive spiegazioni date quando si facevano i lavori preparatori (art. 1305 (1259), n. III).

3. Dell'oggetto.

XV.—Non si comprende un contratto senza oggetto: nei contratti produttivi di obbligazioni, queste costituiscono l'oggetto della convenzione. Ma se è necessario un oggetto ad un contratto, lo sarà pure per la stessa obbligazione, e siccome spesso il contratto potrà far nascere parecchie obbligazioni, così spesso il contratto ha parecchi oggetti. Siccome fa il Codice, noi qui tratteremo dell'oggetto, dell'obbligazione, moltiplice alle volte nel contratto, e non già dell'oggetto di esso contratto.

Perchè un contratto sia validamente fatto, ed ingeneri gli obblighi che si vogliono, è mestieri che la cosa, che forma l'oggetto di ogni obbligazione, presenti due condizioni: 1. che sia in commercio; e 2. che offra allo stipulante un'utilità positiva per la quale possa costringere colui che si obbliga (art. 1128 (1087)).

XVI.—Innanzi tutto la cosa dev'essere in commercio. Non possono formare oggetto di obbligazione quei fatti o quelle cose di cui, o per l'indole loro stessa, o per la dichiarazione formale del legislatore, l'uomo non possa disporre.

Tali sono:—1. i fatti fisicamente impossibili;—2. i fatti illeciti, cioè contrari o

a un testo della legge, o ai buoni costumi, o all'ordine pubblico;—3. le cose che non esistono in natura;—4. tutte quelle che fan parte del dominio pubblico (fino a quando ne fan parte);—5. le cose di cui l'uomo non può disporre, per un testo espresso della legge, come, in principio, le successioni di persone ancora viventi; —6. le persone e tutto ciò che concerne il loro stato, solo nei casi in cui da testi espressi è permessa la convenzione, come il matrimonio e l'adozione (articolo 1128 (1082)).

XVII.—In secondo luogo, l'oggetto deve esser tale, che chi promette possa esser costretto a procurare un vantaggio allo stipulante. Da questo principio segue, che il contratto sarà nullo se l'oggetto indicato sia talmente indeterminato da potere il preteso debitore eseguire la sua promessa con un fatto od una cosa di nessun valore; per modo d'esempio, se avete promesso di far *qualche cosa*, o di consegnare *un animale* (art. 1123 (1083)).

Parimente il contratto sarà nullo, se l'oggetto della promessa fosse profittevole ad un terzo, di modo che lo stipulante non vi avesse interesse, e quindi non azione per farla eseguire. Del resto, se la cosa o il fatto, utile solo per il terzo, non possono essere l'oggetto della convenzione, poichè allora chi si obbliga non si lega per nulla, ciò non toglie che la cosa o il fatto non si prendano come condizione, o come peso della convenzione (art. 1119-1122 (1073-1076)).

Ritorneremo su questa idea, nella sezione IV, parlando dell'effetto dei contratti.

4. Della causa.

XVIII.—Un'ultima condizione necessaria alla validità ed alla formazione del contratto e delle obbligazioni che ingenera, si è, che ognuna di queste obbligazioni abbia una causa lecita.

In dritto s'intende causa dell'obbligazione, non il motivo primo che ha determinato la parte ad obbligarsi, ma quello immediato della sua obbligazione; cioè, non dee riguardarsi ciò che in ultimo si è voluto conseguire, ma solo quello che si è voluto ottenere immediatamente colla obbligazione. Così, in tutti i contratti a titolo oneroso, la causa dell'obbligazione sta nel vantaggio che l'obbligato ha voluto ottenere dall'altra parte; se il contratto è sinallagmatico, la causa è appunto nell'oggetto della obbligazione reciproca. A mo' di esempio, se mi obbligo di costruirvi una casa, per il prezzo di 50,000 fr. che vi obbligate pagarmi, il pagamento della somma è l'oggetto della vostra promessa, e la causa della mia, e all'inverso la costruzione della casa forma l'oggetto della mia, e la causa della vostra obbligazione. Nei contratti di beneficenza la causa dell'obbligazione è riposta nel desiderio di rendere un servizio (art. 1197, 762, n. II, (1062, 678)).

XIX.—Non può esservi obbligazione se la causa non è reale e lecita. Sarebbe nulla l'obbligazioae, la promessa non legherebbe, se fossero senza causa, o dipendessero da una causa falsa od illecita.

Non può nemmeno comprendersi una promessa senza causa (se non venga da un uomo privo di senno; e allora sarà nulla pel difetto di ragione). Ma la promessa è senza causa, ove questa sia futura, o successiva. Così, se manca il ricolto, per cui mi era obbligato di pagarvi anticipatamente la tal somma; o se la cosa che avea appigionato per più anni, in capo a qualche mese s'incendia, la mia obbligazione è nulla, non essendovi causa.—Se la causa non è reale, ma immaginaria, sarà nulla l'obbligazione, non ostante tal causa puramente putativa e falsa, poichè in fatti non ha causa.—Parimente sarà nulla l'obbligazione, se la causa è illecita; e tale sarebbe se l'oggetto lo fosse, secondo il da noi detto nel paragrafo precedente (articolo 1131, 1133, (1085, 1087)).

§ 3. — *Della interpretazione dei contratti.*

XX. — Le regole che riguardano la interpretazione dei contratti necessariamente si riducono a questo unico principio, cioè di indagarsi con ogni mezzo possibile qual sia stato il comune intendimento delle parti contraenti.

Così, possiamo scostarci dalla parola, se grammaticalmente non rivela il pensiero delle parti, e per indagarlo si raffronteranno le diverse clausole della convenzione, spiegando l' una coll' altra, e ciascuna con tutto l'atto insieme.

Se le parole usate dalle parti fossero *generali*, la convenzione si applicherà sempre agli oggetti per cui intesero contrarre; se invece le parti previdero specialmente una ipotesi, onde meglio spiegare la loro volontà, l' effetto del contratto non si restringerà al caso particolare.

Le clausole che han due sensi s'intenderanno più in quello con cui possono aver qualche effetto, che in quello con cui non ne potrebbero produrre alcuno; che se tutti e due producono effetti, si terrà a quello che meglio confassi alla natura del contratto.

Del resto i principî di equità, le regole generalmente indicate dalla legge per quel contratto, o per quello ad esso più analogo, l'uso del luogo, e le particolari circostanze in cui le parti han convenuto, serviranno di norma per render chiaro o completo il pensiero dei contraenti (art. 1135, 1156, 1164 (1089, 1109, 1117)).

§ 4. — *Dello effetto dei contratti.*

XXI. — Ogni convenzione legalmente formata avrà forza di legge per le parti contraenti.

Però essa non è una legge propriamente detta, nè può esser cassa una decisione per cattiva interpretazione d'un contratto. Ma una sentenza che riconosce in un atto i caratteri del tal contratto, e vi applica poi altre regole, sarà cassa, perchè avrà violato le regole del Codice intorno al primo contratto, e falsamente applicato quelle del secondo. Ma applicandosi dal giudice le regole del contratto, che a diritto o a torto avrà riconosciuto di esistere, si avrà un mal giudicato, una falsa interpretazione della convenzione, ma non mai una falsa interpretazione dei principî di legge (articolo 1134 (1088)).

XXII. — La convenzione ha forza di legge per le parti che contraggono, ma non *solo* per ciò che è espresso nell'atto, ma anche per tutte le conseguenze che la legge, l'uso e l'equità attribuiscono all'obbligazione secondo la sua indole. — Infatti in generale, diversamente che in Roma ove regole inflessibili e principî matematici mettevano sovente il dritto in urto colla giustizia, i contratti appo noi devono intendersi ed eseguirsi di buona fede; perciò nella interpretazione dei contratti, si vuole non solo che si mettano in chiaro le clausole di un atto, ma che si compiano e suppliscano o colle regole generali della legge, o coi principî dell'equità naturale, o coll'uso dei luoghi, o secondo le altre circostanze in cui le parti han contratto (art. 1135 (1089)).

XXIII. — In generale lo effetto delle convenzioni è di vantaggio o di svantaggio ai contraenti o loro aventi-causa: esse non possono recar nè danno, nè vantaggio ai terzi; però evvi qualche eccezione.

Così può farsi una stipulazione in prò di un terzo, come accessoria ad una convenzione per conto proprio; lo stipulante fa offerta di una liberalità, che può rivocare fino a che il terzo non l'abbia accettata; accettatala, evvi concorso di volontà, e quindi contratto, e non si può più revocare.

Qui supponiamo che l'offerta sia del solo stipulante; perchè se fosse di due, in modo che chi promette intende solo ricompensare il terzo, allora si dovrà rivocare di comune consenso delle parti. — Del resto, la liberalità, che è accessoria di un altro con-

tratto, segue le forme di esso, cotalchè se non è una donazione, non si richiederà un atto autentico (articolo 1119, 1122 e 1163 (1073-1076 e 1111)).

XXIV.—Le convenzioni avranno effetto in prò o contro i nostri aventi-causa, fra cui i nostri creditori. In fatti i creditori, onde essere soddisfatti dei loro crediti, hanno un dritto di garentia sopra tutti i beni che formano il patrimonio del debitore, il qual dritto cresce o diminuisce secondo che questi colle convenzioni che fa, cresca o diminuisca il suo patrimonio (*ibid.*).

XXV.—Il creditore, avendo dritto su tutti i beni del debitore, di cui fan parte i dritti e le azioni che gli possono competere, può, onde soddisfare il suo credito, esercitare in nome del debitore tutti i diritti e le azioni di quello. Bisogna però che sia venuto il tempo di pagare il credito, e che il debitore non voglia esercitare il suo diritto, o la sua azione, perchè il vantaggio non sarebbe suo; bisogna infine, per la regola generale che niuno può di suo arbitrio appropriarsi i beni del debitore, che il creditore sia autorizzato dal magistrato.

Ciò nondimanco alcuni diritti sono esclusivamente personali, e non possono da altri esercitarsi; come i dritti di cui lo interesse è puramente morale.

Se alcuni diritti presentano un lato morale, ed uno pecuniario simili in tutto, fa uopo distinguere: se il lato puramente morale è l'oggetto dell'azione, questa dovrà esercitarsi dalla stessa persona: se invece l'oggetto è puramente pecuniario, ed in sostegno della domanda si allega lo interesse morale, l'azione può esercitarsi dai creditori.

Però vi ha di tali azioni, che, quantunque pecuniarie, non possono esercitarsi, come le domande di revoca di una donazione per cagione d'ingratitudine, o di danni-interessi per cagione di delitti contro la persona: tali azioni, che han per fondamento una ingiuria, e si estinguono col perdono, non possono esercitarsi che dallo offeso.

Quanto ai dritti puramente pecuniari, può esercitarli il creditore, se un testo speciale non li riserbi alla stessa persona, come il dritto d'uso e di abitazione, la dimanda della moglie per separazione di beni, l'azione del retratto successorio.—Ma tranne la formale riserva, questi diritti possono essere esercitati dal creditore: come le azioni di nullità di convenzione, per errore, violenza, lesione o dolo, e le eccezioni che la legge chiama *puramente personali al debitore* parlando di fidejussione. Le quali parole in quella materia si oppongono alle *eccezioni reali*; il debitore o suoi aventi-causa, e non già il fidejussore, possono allegare la eccezione; si escludono quindi i fidejussori del debitore, e non già i creditori (articolo 1166 (1119)).

XXVI.—Essendo imperfetta la garenzia dei creditori, perchè non han diritto di perseguire i beni del debitore che presso di lui, ed estinguendosi quando egli li alieni, la legge dovea proteggere i primi, contro gli atti fraudolenti del debitore, che fan menomare il suo patrimonio, accordando loro con le condizioni che indicheremo, un'azione che fa dichiarar quell'atto come non avvenuto, e fa rientrare la cosa alienata nel patrimonio, conservandovi sempre il dritto di garenzia: *Permittitur creditoribus rescissa traditione rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.* Cotesta azione dicesi rivocatoria, ed anche *Pauliana* dal pretore che l'introdusse in Roma.

Perchè abbia luogo l'azione rivocatoria, è necessario prima, che l'atto abbia provocato o accresciuto l'insolventezza del debitore; che abbia scemato il patrimonio, non bastando che mostri la incuria di lui nello accrescerlo.

Per il rifiuto di nuovi beni non vien scemato l' oggetto della garanzia del creditore; se l'atto onde scemasi il patrimonio non rende insolvente il debitore, i creditori non possono dolersi, rimanendo assicurati i loro crediti.

Fa mestieri inoltre, che l'atto sia fatto con frode, cioè colla conoscenza della in-

solventezza, e del danno che ne viene ai suoi creditori.

Ma la frode è pur necessaria nella parte con cui ha contratto il debitore? Risponderemo del sì, ove sia un atto a titolo oneroso, poichè allora l'acquirente, di cui vuolsi risolvere l'alienazione, dovrebbe, come i creditori, litigare a fin di non perdere, di guisa che se vi è stata buona fede deve rimanere in possesso. Ma se gli atti sono a titolo gratuito, non è necessaria la frode della parte che intende solo a guadagnare, e quindi se vi è stata buona fede, è meno degna di favore che i creditori. — Se un acquirente contro cui si può sperimentare l'azione (perchè di mala fede avrebbe acquistato a titolo gratuito ed anche oneroso) avrà trasmesso la cosa ad un altro acquirente, questi secondo la medesima regola sarà pure conservato se lo acquisto fu a titolo oneroso e di buona fede. Così secondo il nostro antico dritto cui se ne rimette il Codice; ed è ben naturale che contraendo con quegli che sottentrò pubblicamente al debitore, debba io avere i medesimi dritti, che se avessi contratto con un mandatario del debitore.

I creditori sperimenterebbero la opposizione di terzo, ove il debitore li avesse frodati, lasciandosi condannare da una sentenza per collusione col suo avversario.

Quelli che divennero creditori in forza dell'atto fraudolento, non possono domandarne la revoca, poichè la cosa che ne è stato l'oggetto non è mai stato di lor garenzia; ma fattasi revocare da un altro creditore, essi ne profitteranno, poichè la revoca, come di sopra vedemmo, fa riguardare quella cosa come non mai uscita dal patrimonio, e tutti i creditori avranno ugualmente dritto al patrimonio, salvo il privilegio o l'ipoteca.

Da nessun testo di legge è prescritto il tempo dell'azione Pauliana, quindi è di 30 anni che incominceranno dal dì dell'atto fraudolento (art. 1167 (1120)); solo in dieci anni si possono intentare le azioni di nullità dall'autore stesso della convenzione.

XXVII. Darem fine a questo paragrafo con una importante osservazione.

I contratti, come abbiam visto nel principio di questa sezione, non mirano solo a creare obbligazioni, ma possono estendere le obbligazioni preesistenti, e sotto il Codice Napoleone trasferire la proprietà o i suoi smembramenti, ove si tratti di corpi certi, e di cose determinate *in ipso individuo*.

Sonvi dunque tre specie di contratti o di convenzioni: 1° contratti che producono obbligazioni; 2° contratti che le estinguono; e 3° contratti che trasferiscono dritti reali. Di che segue che un medesimo contratto può produrre tutti e tre questi effetti, o due di essi, od anche un solo.

Principio nuovo ed importantissimo è il trasferirsi la proprietà ed altri dritti reali per l'effetto immediato della convenzione, pel solo accordo delle volontà, e senza alcun bisogno di consegnar la cosa o trascriver l'atto.

I compilatori del Codice non espressero chiaramente cotesta regola, che può dirsi non esistere nella loro teoria, la quale, sottile sino al ridicolo, val tanto poco, che alla perfine non si deve, nè si può tenere in conto alcuno.... Ecco la bizzarra dottrina da loro abbracciata. — « La convenzione di trasferire la proprietà di un oggetto certo, genera sempre, come in Roma e nel nostro antico dritto, l'obbligazione di consegnarlo; l'adempimento di questa obbligazione, cioè la consegna della cosa, ne trasferisce la proprietà. Ma non fa d'uopo che la consegna sia reale, bastando che la sia puramente fittizia e civile, e risulti dalla semplice volontà delle parti. Or questa consegna civile si reputerà esistente di pieno dritto in tutte le convenzioni, senza bisogno di una dichiarazione espressa ». — È questo il sistema del Codice di cui l'ultima idea distrugge le prime, e si restringe in ciò, che sempre (tranne che le parti avessero manifestato una contraria volontà) la medesima convenzione di trasferire il dritto, recherà in atto immediatamente il trasferimen-

to (1), senza che punto sia necessaria la consegna reale (art. 1138 (1092)).

La convenzione, tuttochè trasferisca immediatamente la proprietà, crea la doppia obbligazione: 1° di fare la consegna reale o il rilascio della cosa al tempo convenuto; 2° di conservare l'oggetto sino al rilascio (art. 1136 (1090)).

I compilatori lunga pezza dubitarono se la trascrizione dell'atto dovesse imporsi come una necessità per il trasferimento dei dritti reali immobiliari; ma rigettata questa necessità, fu stabilito il trasporto pieno ed assoluto del dritto, tanto per gl'immobili che per i mobili (articolo (1140 1094)) (2).

SEZIONE II.

DEI QUASI-CONTRATTI, DE' DELITTI, DE' QUASI-DELITTI E DELLA LEGGE.

§ 1. — *Dei quasi-contratti.*

XXVIII.—Dicesi quasi-contratto, nel sistema del Codice, il fatto volontario e lecito, che obbliga, senza alcuna convenzione, ora l'autore del fatto soltanto verso i terzi, ora i terzi e l'autore del fatto reciprocamente, ora anche i terzi soltanto verso l'autore del fatto (art. 1371, (1325)).

Fra i casi più comuni di quasi-contratto contasi l'accettazione d'un'eredità; la quale, mentre da una mano non forma una convenzione, dall'altra, è un fatto volontario (essendo lo erede libero di rinunziare), e insieme lecito, e da cui si generano obbligazioni.—Imperocchè, mercè tal fatto, l'erede è obbligato a soddisfare i legati, i quali, ove rinunzi, potranno essere pagati sopra i beni ereditari; parimente l'erede è obbligato rispetto ai creditori ereditari di aver per suoi i debiti dell'autore, come i debitori ereditari sono obbligati di riconoscere lui per creditore in luogo del defunto *(ibid.)*.

La legge tratta specialmente di due quasi-contratti, di cui diremo qui le principali regole.

1. Del quasi-contratto di gestione d'affari.

XXIX. Colui che di sua volontà e senza mandato si fa gestore degli affari altrui, è soggetto a tutte le obbligazioni di un mandato formalmente accettato. Egli deve continuar l'amministrazione sino a che il proprietario o i suoi eredi potessero prenderne cura, dovendo anche incaricarsi di tutte le conseguenze dello affare (art. 1372, 1373 (1326, 1327)).

La obbligazione che ha il gestore di continuare l'amministrazione, anche dopo morto il proprietario, è più rigorosa di quella imposta al mandatario, il quale merita invero maggior favore.—Pure, ove occorresse, il gestore potrebbe ritirarsi, senza però che ciò sia nocevole o intempestivo.—Della sua amministrazione è tenuto a dare un conto più severo del mandatario; non pertanto, secondo i casi, si potrà essere men severi.—Se egli ha surrogato alcuno nella sua amministrazione, il proprietario potrà direttamente dirigersi insieme e contro di lui e contro il sostituito (art. 1374 (1328)).

(1) Il trasferimento della proprietà dei mobili pel semplice effetto del contratto non potrebbe impedire che di due compratori, ai quali successivamente si fosse venduto da una persona il medesimo oggetto, non ne rimanesse proprietario il secondo, se di buona fede ne avesse ricevuto il possesso. — Il primo ne avea acquistato la proprietà sin dal momento della convenzione; ma la sua proprietà, secondo il principio dell'art. 2279 (2185), è stata distrutta colla prescrizione istantanea dell'altro che ha posseduto l' oggetto di buona fede (art. 1141 (1095)).

(2) Ciò è stato modificato dalla legge del 23 marzo 1855.

Allorchè il proprietario conosce che altri amministra, non sembra dubbio, che secondo i casi vi sia un tacito mandato, poichè in Roma stessa il mandato era un contratto consensuale; ma è questa una quistione di fatto che si risolverà necessariamente secondo le circostanze (articolo 1372 (1326)).

Alle obbligazioni del gestore seguono quelle del proprietario. — Perchè questi sia obbligato, è necessario che la gestione sia stata *utile*; non sarebbe tenuto, come il mandante, per un affare *non buono*. La inutilità di una impresa non si vedrà dall' evento; bisogna risalire al principio dell'operazione, e conoscere se avea uno scopo realmente utile.—Se il gestore ha contratto obbligazioni in nome del proprietario, questi deve adempirle direttamente, tranne che l'affare sia inutile, poichè allora non è tenuto a niente.—Il terzo può rivolgersi contro il gestore per il danno cagionatogli dalla di lui imprudenza.—Se il gestore si è obbligato nel suo nome proprio, il terzo, per analogia del mandato, ha un'azione contro il proprietario, oltre quella contro il gestore.—Per la medesima analogia, il gestore ha dritto agl'interessi delle spese dal giorno in cui le ha fatto (art. 1375 (1329)).

XXX.—Le sopraddette regole si applicherebbero a colui che ha amministrato l'affare altrui per errore e nella credenza di esser suo.—È quasi-contratto qualunque amministrazione di affari altrui, anche senza il pensiero che fosse d'altri, e senza perciò lo intendimento di obbligare altrui. —Ciò è secondo equità.—Se una persona amministrasse lo affare di un terzo, non ostante il di costui divieto, potrebbe sempre ripetere dal proprietario ciò di cui quest'ultimo si sia arricchito per la sua amministrazione.—Le nostre leggi, conformi all'equità, non consentono che alcuno si arricchisca *giammai* a spese d'un terzo, quand'anche questi fosse in colpa e di mala fede *(ibid.)*.

2. Del pagamento dell'indebito.

XXXI.—Si prevedono due casi distinti: 1° quello in cui non era creditore chi ha ricevuto il pagamento; 2° quello in cui il vero creditore ha ricevuto da chi non era debitore.—In quest'ultimo caso, chi non era debitore non può ripetere se non quando ha pagato *per errore*, perchè colui che ha fatto un pagamento, conoscendo di non esser debitore, deve tenersi come se l'abbia fatto per conto del vero obbligato di cui ha amministrato lo affare.—Quindi chi non era debitore ed ha agito con iscienza, non potrà rivolgersi contro il creditore che ha validamente ricevuto, ma solo contro quello per cui ha pagato, con l'azione *negotiorum gestorum*.—Nel primo caso invece si può ripetere, siavi stato o pur no errore.—In dritto romano, quando era stato pagato un indebito senza errore e *con proposito*, non si poteva ripetere; si riteneva essersi fatta una donazione; ma respinto dal nostro Codice cotesto sistema, la cosa che non era dovuta può sempre ripetersi. almeno *in quanto cosa pagata* (art. 1376, 1377, (1330, 1331)).

Non bisogna nemmeno distinguere, come, sotto il dritto romano, lo errore di fatto e lo errore di dritto *(ibid.)*.

Dai principî di equità stanziati dal Codice Napoleone, sorge una necessaria conseguenza, che il debitore a termine, il quale ignorando di esservi un termine, paga immediatamente ciò che deve in tempo più remoto, può ripetere ciò che ha pagato e goderne fino al termine posto.— Non ostante il termine, la cosa è dovuta, è vero, ma *quanto al capitale*, *quanto al fondo*; il godimento, gl'interessi non son dovuti innanzi di venire il tempo del pagamento.—Dunque colui che per errore perde il godimento o gl'interessi con un pagamento anticipato, paga più che non deve, ed ha dritto di ripetere.—Nel caso stesso in cui il pagamento si è fatto per errore da chi non era debitore al vero creditore, non si può più ripetere, se per

effetto del pagamento il creditore ha soppresso il suo titolo di buona fede, cioè ignorando che chi ha pagato non fosse suo debitore. — La buona fede sta nella falsa credenza che la cosa sia dovuta, e la mala nella conoscenza che la non sia dovuta (*ibid.*).

XXXII.—Colui che ha ricevuto indebitamente danaro o altre cose indeterminate, sia di buona o mala fede, deve restituire o le identiche cose o altre di simigliante quantità e qualità. Se di buona fede, non è tenuto ad altro, se di mala fede deve pagare o il prezzo delle cose, o gl'interessi del danaro quand'anche non li avesse percepito. Il solo possessore di buona fede fa suoi i frutti (articoli 1378, 1380 (1332, 1334)).

Chi ha ricevuto un immobile o un corpo certo, deve restituirlo in ispecie, se lo possiede ancora.—Intorno ai frutti, vale la sopra riferita distinzione.—Oltre a ciò, se è di mala fede al tempo dei deterioramenti, della perdita o della alienazione; nei due ultimi casi, deve restituire il valore reale, e nel primo ristorare il proprietario, quando anche i deterioramenti fossero avvenuti per caso fortuito, tranne non provi che sarebbero parimente avvenuti presso il proprietario.—Essendo di buona fede, non risponde nè dei deterioramenti nè della perdita derivata dalla sua negligenza (*ibid.*).

Lo immobile, che si è indebitamente ricevuto e poi alienato, può rivendicarsi contro il terzo acquirente da colui che lo ha indebitamente pagato. Non potendosi trasferire dritti che non si hanno, lo acquirente non può divenir proprietario di una cosa alienata da chi non ne era proprietario.

Colui che ha ricevuto, per preteso pagamento, lo immobile che non gli era dovuto, non può divenirne proprietario, poichè il rilascio gli è stato fatto per errore e per una falsa causa.—Perchè così non fosse, ci vorrebbe un'eccezione nella legge. L'attore in evizione sarà tenuto ad indennizzare allo alienante, quando questi fosse di buona fede, tutto ciò che pagherebbe all'acquirente oltre il prezzo ricevuto. Il danno dev'essere di colui la di cui imprudenza e disaccortezza ne sono state la causa (*ibid.*).

È necessario conoscere l'indole delle spese fatte dal possessore di buona o di mala fede.—Quelle fatte per conservar la cosa devono restituirsi sempre e per intero, sia di buona o di mala fede il possessore. Per le spese semplicemente utili, ma non necessarie, si applicherà la regola generale dell'art. 555 (480) per qualunque possessore.

Da ultimo le spese voluttuose non si debbono rimborsare dal proprietario, salvo il dritto al possessore di togliere ciò che si può, rimettendo i luoghi nel loro primiero stato (art. 1381 (1335)).

§ 2. — *Dei delitti e de' quasi-delitti.*

XXXIII.—In dritto civile si dice *delitto* qualunque fatto volontario ed illecito che reca danno ad altrui, eseguito con intenzione di nuocere.—Il quasi-delitto differisce solo in ciò, che non è accompagnato dalla intenzione.

Il delitto e il quasi-delitto dan luogo a ristoro ove concorrano le due condizioni: 1° che il fatto sia illecito, cioè che sia una violazione del dritto; 2° che si possa imputare all'autore, cioè che sia volontario e fatto con proposito (art. 1382, 1383 (1336, 1337)).

È il medesimo tanto se si trascuri di far qualche cosa, che se si compia un fatto. La omissione dev'essere imputabile e illecita, a fin di dar luogo a ristoro, nè si risponde del non aver fatto una cosa, che non sia dalla legge ordinata (*ibid.*).

La legge qui parla della violazione dei doveri generali, e non dei doveri speciali che sorgono dalle obbligazioni. La qual distinzione è importante per le conseguenze che trarrebbe seco la falsa idea della identità dei doveri generali e degli speciali, riguardo ai danni che non si pos-

sono prevedere.—Sarebbero false le conseguenze, se si applicasse qui la distinzione stabilita dalla legge per la violazione delle obbligazioni (*ibid.*).

XXXIV. I casi in cui la legge impone che una persona debba rispondere del danno cagionato, o da persone sue dipendenti o da animali o cose che le appartengono, o le sono state confidate costituiscono quasi-delitti (art. 1384, 1386 (1338, 1340)).

La quale responsabilità è fondata sulla presunzione legale, che l'obbligato sia in colpa di non avere, come dovea, vegliato alle persone, o alle cose; e tal presunzione (che qui deriva di pieno dritto dalla prova del danno cagionato dalle persone, dagli animali, o dalle cose) è, secondo i casi, più o meno severa (*ibid.*).

XXXV.—Il padre è responsabile del danno cagionato dal figlio, finchè questi sia minore ed abiti con lui, sia o pur no emancipato; non così se è maritato, poichè allora non è soggetto alla patria potestà. Se il padre è nella impossibilità di sorvegliare il figlio, ne è responsabile la madre.—Essendo i conjugi separati di persona, ne risponde quello a cui è stata affidata la custodia dei figli.—Ne risponde pure il tutore che è incaricato della cura del pupillo.

Le riferite persone possono togliersi la risponsabilità, provando di non aver potuto impedire il fatto dannoso, non ostante la loro sorveglianza e le loro sollecitudini.

Parimente i precettori e gli artigiani debbono rispondere del danno cagionato dagli allievi ed apprendenti.

I padroni e i committenti sono altresì risponsabili: però non possono provare essere stato loro impossibile di impedire il fatto dannoso cagionato dai loro domestici o garzoni nello esercizio dell'ufficio a cui erano destinati.

Se l'autore del fatto ha agito con discernimento, l'offeso può rivolgersi o contro di lui, o contro la persona civilmente responsabile; la quale, se ha pagato il ristoro, ha il dritto di rivolgersi contro di quello (art. 1384 (1338)).

XXXVI.—Il proprietario di un animale, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se sia smarrito o fuggito, deve rispondere del danno che abbia cagionato; poichè o rendesi in colpa, per aver mancato di cautela, o l'animale è di tal natura da render vana ogni cautela, e quindi è in colpa per averlo conservato (art. 1385 (1339)).

La stessa risponsabilità si avrebbe pei conigli di una caccia riservata, non per quelli vaganti nei boschi, nè per tutt'altra cacciagione, perchè i conigli appartengono al proprietario del luogo chiuso, ma la cacciagione non è di quello, sul cui terreno passa (*ibid.*).

Colui che prende a nolo o in prestito un animale, e lo riceve a titolo di deposito, ha la medesima responsabilità: se non che può rivolgersi contro il proprietario ove questi non lo abbia avvertito della natura difficile e pericolosa indole dell'animale (*ibid.*).

Da ultimo il proprietario d' un edifizio deve rispondere del danno cagionato dalla sua ruina, caso avvenga per essere stato non riparato o mal fabbricato; però nell' ultimo caso il proprietario può rivolgersi contro gli architetti, o gli imprenditori. Anche qui havvi una presunzione legale, e il proprietario non è ammesso a provare di non aver potuto impedire l' accidente (art. 1386 (1340)).

Alcune leggi speciali fuori il Codice Napoleone regolano varî altri casi di responsabilità, ed altri pure ne incontreremo nel Codice.

XXXVII.—Poche altre parole intorno alla durata dell' azione per il ristoro del danno.

In principio, come tutte le azioni personali e mobiliari, dovrebbe durare trent'anni. Ma se ne è fondamento una infrazione punita dalla legge penale, si prescriverà, insieme con questa, in dieci anni pei misfatti, in tre pei delitti, in un anno per le contravvenzioni.

Se la parte offesa si querela, non del misfatto punibile con pene criminali, ma d'una

semplice colpa civilmente riprensibile, l'azione sarà di trenta anni, come sempre che il delitto civile o il quasi-delitto non costituisca infrazione punita dalla legge penale (art. 1386 (1340)).

CAPITOLO SECONDO

DELLE DIVERSE SPECIE DI OBBLIGAZIONI.

XXXVIII. Si possono sotto vari aspetti distinguere le molte divisioni delle obbligazioni.—Le obbligazioni sono *convenzionali o non convenzionali*, secondo derivano o no da una convenzione o da altra fonte (*Rubrica dei titoli* III e IV). —Sono *positive o negative*, secondo che consistano a fare o dar qualche cosa, o non dare o non far qualche cosa (art. 1136, 1142 (1090, 1098)).—*Liquide o non liquide*, secondo che la quantità del loro oggetto sia di presente determinata o no (art. 1291 (1247)). Sono di *corpo certo* o *di genere*, secondo che l'oggetto è determinato nell'individuo stesso, o solo nella sua specie (art. 1302 (1256)).

Sono *privilegiate o non privilegiate*, *principali* o *accessorie*, *civili o naturali*, ecc...

Sarebbe inutile l'insister su tutte coteste divisioni, ed oltre la distinzione fra le civili, e le naturali, di cui è indispensabile dir qualche parola, tratteremo solo con ordine più logico di quelle porte dal Codice.

XXXIX.—Parrebbe semplicissimo il dire, che l'obbligazione naturale in contrapposto della civile, benchè nulla per legge positiva, è quella valida in ragione e in coscienza. La quale nozione esattissima ove si dovesse opporre la morale al dritto, diviene qui difficile, anzi impossibile.

In fatti, se cotesta obbligazione è un dovere che la legge positiva riconosce e protegge (tuttochè la distingue dalla obbligazione ordinaria), e se il nostro Codice d'altro lato, divergendo dal dritto romano, segue tutte le regole dell'equità, ed ammette come civilmente efficace qualunque grave e lecita convenzione, come mai un'obbligazione può parer equa agli occhi del legislatore, e non esser per questo stesso un'obbligazione civile ordinaria; come mai la legge potrebbe ammettere un'obbligazione come giusta e ragionevole, e negarle l'efficacia giuridica? Appo noi qualunque obbligazione, perchè riconosciuta dalla legge, dovrebbe essere un'obbligazione civile.

Così nella realità delle cose questa distinzione è spesso un semplice modo di dire; poichè l'obbligazione di cui si tratta, diviene efficace *civilmente* da che la legge ritiene che naturalmente esista.

Se il legislatore la ritiene prima nulla *secondo equità come secondo il dritto;* la dichiara valida *secondo il dritto come secondo equità*; ove la volontaria esecuzione del debitore, o qualche atto di costui che attesti il valore reale del debito, indichi l'errore in cui si è incorso.

Il Codice Napoleone adunque intende per obbligazione naturale, quella che una presunzione generale d'invalidità fa ritener nulla dal legislatore, ma che di poi sanziona perchè il libero adempimento o qualche atto equivalente dimostri falsa quella presunzione.

Ma non potrebbero sanzionarsi le illecite, che sono invalide, perchè la legge le vieta. Il legislatore non potrebbe proteggere lo adempimento di una convenzione, che egli assolutamente ha proscritto (art. 1235, 1272, n. III (1188, 1226)).

XL.—Ciò premesso, parleremo in questo capitolo successivamente:

1° Delle obbligazioni pure e delle condizionali;—2° delle obbligazioni a termine, e di quelle per le quali è venuto il tempo di soddisfarle; 3° delle obbligazioni semplici e di quelle composte, quanto al loro oggetto, che sono le congiuntive, alternative e facultative; 4° delle obbligazioni uniche, e delle multiplici, quanto alle

persone che sono le congiuntive e le solidali;—5° delle divisibili e delle indivisibili;—6. infine, delle principali e delle accessorie, specialmente per quel che concerne la clausola penale.

SEZIONE PRIMA.

DELLE OBBLIGAZIONI CONDIZIONALI.

§ 1. — *Della condizione in generale e delle sue differenti specie.*

1. Natura della condizione e sue differenti specie.

XLI. — La condizione è l' avvenimento *futuro ed incerto* da cui dipende l' esistenza d'un dritto, che si formerà o pur no, secondo l'avvenimento avrà o no il suo effetto.

L'avvenimento dev' essere *futuro* ; non sarà quindi condizione quello che è già compito e che è ignorato dalle parti. Non sarà condizionale un' obbligazione che dipende da tale avvenimento , quantunque le parti al presente lo ignorassero ; ma sarà solo soggetta ad un termine, perchè non potrebbe eseguirsi nel tempo che è necessario onde conoscere se esista o no il fatto previsto. Inoltre l'avvenimento futuro deve essere *incerto*, poichè se è inevitabile che si effettuisca, l'obbligazione sarà immediatamente formata, ma soggetta ad un termine (articolo 1168, 1181 (1121, 1134)).

XLII. — È essenziale alla condizione il *sospendere* l'esistenza dell'oggetto intorno a cui versa: condizionale è una cosa che esisterà *se*... e non esisterà *se*... La condizione dunque è necessariamente e sempre sospensiva, versi sulla risoluzione d'un dritto o sul dritto istesso. In quest'ultimo caso è condizionale il dritto (per esempio, l'obbligazione) ; nel primo la risoluzione del dritto , che rimane puro e semplice. Pure, siccome la condizione che non può sospendere il dritto o la sua risoluzione, avverandosi fa risolvere il dritto pienamente e retroattivamente , si usa riguardare lo stesso dritto soggetto alla condizione, che si è detta per questo *risolutiva*. Questo modo di dire che presenta due condizioni, sebbene una sola ne possa esistere, è indifferente, ove si comprendano le idee che poco esattamente esprime (articolo 1168 (1121)).

Si avverta però che, in qualunque trasferimento di dritti reali , una condizione sospensiva o risolutiva , esisterà solo per una parte ; per l'altra la contraria. Se il compratore ottiene il dritto soggetto a condizione sospensiva, il venditore lo conserverà con la condizione risolutiva, e viceversa (*ibid.)*.

Del resto la condizione sospensiva o risolutiva può essere lo avverarsi o il non avverarsi di uno avvenimento; in modo che la condizione sarà ora *positiva* ed ora *negativa*.

XLIII. — Le condizioni che hanno per oggetto una cosa impossibile, contraria ai buoni costumi, o proibita dalla legge, sono nulle e rendon pure tali le convenzioni , che ne dipendono (art. 1172 (1125)).

Ma questa regola , a cui la legge per una pratica inescusabile sottrae i testamenti e le donazioni (art. 900 (816)), deve con accorgimento applicarsi.

Quindi se la condizione sospensiva d'una cosa impossibile, immorale od illecita , è sempre nulla ed annulla la convenzione positiva, che consiste cioè in fare la cosa prevista, conserverà, secondo i casi, tutto il suo valore, se quella è negativa , e consiste in non fare. Sicchè per la condizione risolutiva la regola sarebbe l'opposto che per la sospensiva (art. 1172 (1125)).

XLIV. — La legge distingue ancora le condizioni in *casuali*, *potestative e miste*.

La condizione si dice *potestativa*, quando sta in una delle parti il fare che ac-

cada o no l'avvenimento previsto: *mista*, se lo avvenimento dipenda insieme dalla volontà d'una parte, e da quella d'un terzo: *casuale* qualunque altra che o dipende intieramente dall'azzardo o dalla volontà esclusiva d'un terzo, o dal caso e insieme dalla volontà d'un terzo, o finalmente dalla volontà d'un terzo, e dal caso (art. 1169-1171 (1122-1124)).

Questa distinzione importante per le donazioni, qui è di nessun momento: la condizione potestativa che abbiamo definita secondo il Codice, non è quella che rende nulla l'obbligazione che ne dipende, sicchè debbonsi distinguere due condizioni potestative: la prima, definita più sopra che consiste in un avvenimento dipendente da una parte, lascia sempre valida l'obbligazione; la rende nulla la seconda, che dipende dal capriccio dell'obbligato, *in mera voluntate debitoris*, senza che si debba far compire o mancare alcuno avvenimento, o con un avvenimento insignificante, che equivalga al puro capriccio, p. e. vi pagherò 600 fr. *se lo voglio o se bevo un bicchiere di vino* (art. 1174 (1127)).

Ma se ogni formola che equivalga al *si voluero* rende nulla la obbligazione, se il preteso *vincolo* realmente non esiste (poichè chi dice *mi obbligo se voglio*, non si obbliga), non sarà nulla quella obbligazione che non ha il *cum voluero*, poichè in tal caso, tranne non appaia essersi voluto fare uno scherzo, il vincolo esiste, e dovrà solo valutarsi quanto tempo si sia voluto lasciare al debitore: vi sarà allora, non una condizione, ma un termine (art. 1185 (1138)).

2. Dello adempimento delle condizioni.

XLV. — Si domandava una volta se le condizioni debbono essere adempite *in forma specifica*, ovvero anche *per aequipollens*. Oggi che al senso letterale delle parole prevale la intenzione delle parti, non sarebbe più quistione; la condizione si adempie per equivalente (art. 1156-1157 (1109-1110)).

Di che segue che la condizione apposta alla obbligazione dal debitore è compiuta, se manca per sua colpa: è un giustissimo equivalente (art. 1178 (1131)).

La condizione positiva, finchè non vien meno, e non si ha la certezza che non avrà luogo l'avvenimento, può sempre adempirsi; al contrario è mancata, scorso che è il termine assegnato innanzi di avverarsi l'avvenimento (art. 1176 (1129)).

La condizione negativa al contrario è compita, scorso il termine posto, senza che lo avvenimento abbia effetto, o se pria si è certi che non sarà per effettuirsi (art. 1177 (1130)).

3. Dello effetto delle condizioni.

XLVI. — Il dritto condizionale *esiste o non è giammai esistito* fin dal momento della convenzione, per la retroattività inerente a qualunque condizione. È questo lo effetto immediato e principale delle condizioni, da cui scaturiscono tutte le regole relative ai rischi, ai frutti, ecc. Quindi *pendente conditione* il dritto, sebbene ancor non esista, si reputerà come se fosse sempre esistito, avverata la condizione; questa mancata, si reputerà come non mai esistito.

La condizione retroagisce al giorno del contratto, ed allora reputandosi il dritto come appartenuto sempre al creditore, ne conseguita necessariamente che il dritto gli apparterrà tale quale era al giorno del contratto; di guisa che tutti i dritti costituiti dal debitore, *pendente conditione*, sopra l'immobile che avea promesso di rilasciare condizionatamente, svaniranno insieme con la stessa proprietà; e i frutti percepiti *pendente conditione* debbono restituirsi all' acquirente, salvo al venditore di farsi render conto degli interessi del prezzo.

I quali effetti potranno modificarsi dalle parti senza bisogno di manifestare espressamente la loro intenzione.

XLVII. — Non ostante il principio della retroattività, il creditore potrà *pendente conditione* prendere tutti i provvedimenti onde conservare il suo dritto, e gli atti che farà a tal fine dovranno rispettarsi dal debitore. Vero che il dritto del creditore non è ancor sorto, e che egli ha solo una speranza, ma ciò basta perchè si autorizzino gli atti conservatori (articolo 1180 (1133)).

§ 2. — *Della condizione sospensiva.*

XLVIII. — La condizione sospensiva che si compie, retroagisce al giorno della convenzione e fa riguardare il creditore, come investito sin da allora del dritto convenzionale.

Il qual principio non è realmente assoluto. Infatti, perchè si possa retroagire, bisogna che la cosa che forma la materia della convenzione, esista quando avviene la condizione: altrimenti, se la cosa fosse perita, quella si compirebbe invano; dappoichè l' obbligo del debitore non potrebbe sorgere per mancanza di *oggetto*, e quello del creditore, supponendo un contratto a titolo oneroso, non potrebbe esistere per mancanza *di causa*. La cosa adunque, essendo un corpo certo determinato, rimane a rischio del debitore (art. 1182, § 2 (1135)).

Se la cosa, invece di perire per intero, si fosse solo deteriorata per colpa del debitore, sarebbe a scelta del creditore o rescindere il contratto, o prender la cosa per il prezzo che vale, potendo in ambi i casi ottenere più ampî danni ed interessi (art. 1182, § 4 (1135)).

Se i principî giustificano le soluzioni dei due precedenti paragrafi, non fanno similmente per l'altra nel caso in cui, *pendente conditione*, la cosa si deteriori senza colpa del debitore. In tali circostanze dovrebbe il creditore soffrire il deterioramento, come godrebbe dei miglioramenti e degli accrescimenti. Ma essendo formale la legge, si dovrà lasciare al creditore la scelta o di risolvere la obbligazione o di prendersi la cosa nello stato in cui è, senza scemare il prezzo (art. 1182, § 3 (1135)).

§ 3. — *Della condizione risolutiva.*

XLIX. — Non solo l' esistenza d'una obbligazione può andar soggetta al compiersi o no di una condizione (che la legge chiama allora *sospensiva*), ma anche la sua risoluzione. Di quest'ultima che è espressa o tacita, ora tratteremo.

L. — *Della condizione risolutiva espressa*. Allorchè le parti nel creare un dritto, stipulano che si risolverebbe secondo che avvenisse o no il tal caso, il dritto esiste dal dì del contratto, e quindi da allora può recarsi in effetto. Ma se puro e semplice è il dritto così stabilito, non è tale il suo risolvimento che riman sospeso fino a che non giunga il previsto avvenimento. E come nella condizione sospensiva, così in quella risolutiva il compiersi dello avvenimento retroagisce al dì della convenzione onde rimettere le cose nel medesimo stato come se il dritto non fosse mai esistito, e onde obbligare quindi il creditore a restituire ciò che ha ricevuto (articolo 1183 (1136)).

Si noti, che essendo *una sola* la condizione, sempre la sospensiva, sia che la sospensione versi sul dritto in se stesso, ovvero sulla sua risoluzione, si applicheranno alla condizione risolutiva i principî della retroattività con tutte le sue conseguenze relative ai rischi, frutti, ecc.

LI. — *Della condizione risolutiva tacita.* Allorchè in un contratto bilaterale una delle parti si obbliga verso un'altra, ognuna vuole eseguire la sua obbligazione, quando l'altra esegue la sua. Quindi è stabilito il principio che in ogni contratto bilaterale, la

condizione risolutiva si sottintende sempre quando una delle parti non adempie la sua obbligazione.

Per tal condizione diversamente dalla espressa, la quale appena compiuta, opera immediatamente in vantaggio dell' una o dell'altra parte a loro insaputa, la parte, verso la quale non è stato adempito l'obbligo, può soltanto chiedere si risolva il contratto dal magistrato, il quale secondo i casi potrà accordare al convenuto un tempo onde eseguire. Del resto il semplice ritardo dello adempimento può dar luogo a danni interessi, sia che vogliasi continuata la esecuzione di un contratto, o che questo si voglia risoluto.

Quando le parti hanno *espressamente stipulato* che il contratto si risolverebbe ove non fosse adempito, tale stipulazione, detta *patto commissorio*, non formerebbe la condizione risolutiva dell'articolo 1183 (1136). Difatti, quest'ultima opera per le due parti *ipso facto;* invece, il patto commissorio potrà soltanto esser messo innanzi dalla parte verso la quale non si è eseguito, senza pregiudizio del dritto che si avrebbe per la esecuzione del contratto (articolo 1184 (1137)).

SEZIONE II.

DELLE OBBLIGAZIONI A TERMINE.

LII.—L'obbligazione a termine, a differenza della condizionale, esiste dal dì della convenzione; ma il dì del pagamento è sospeso fino al giungere del termine (articolo 1185 (1138)).

Il termine per cui il creditore non può esercitare il suo dritto, si presume sempre stabilito in favore del debitore, che potrà rinunciarvi, essendo ognuno libero di rinunciare a un beneficio per se introdotto.

Ma non si potrà pagare pria del termine, ove questo interessi tanto il debitore che il creditore, o solo questi, secondochè risulti o da una convenzione espressa o dalle circostanze (art. 1187 (1140)).

LIII.—Il termine è *di dritto* o *di grazia*, sia che risulti dalla convenzione o che si accordi dal giudice. Il primo, che si dice altresì convenzionale, è *espresso* o *tacito*, secondochè sia formalmente stipulato, o derivi solo dalla natura stessa della convenzione (art. 1185 (1138)).

LIV.—Pria di spirare il termine, non potrà esigere il creditore, tranne non si sia rinunziato il beneficio, ciò che il debitore doveva con quella condizione.—La rinunzia può farsi o espressamente o tacitamente, e la legge la presume dalla anticipazione del pagamento; ma questa presunzione può impugnarsi dal debitore il quale potrà domandar la restituzione provando di aver pagato, ignorando il termine (articolo 1186 e 1376 (1139, 1330)).

Il beneficio del termine non può più invocarsi dal debitore, se fallito o decotto, o se ha scemato per fatto suo le cautele date o promesse nel contratto, o non le ha recate in effetto (art. 1188 (1141)).

SEZIONE III.

DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE E FACULTATIVE.

LV.—L'obbligazione è alternativa, quando ha più oggetti, con un solo dei quali, a scelta di quella parte, cui spetta, si sarà liberato.—Così io son tenuto o a darvi la tal casa o 60,000 fr. ovvero a fare il tal lavoro. La scelta, in principio, è del debitore, ma può essere del creditore (articolo 1189, 1190 e 1196 (1142, 1143, 1149)).

L'obbligazione è facultativa, quando, sebbene vi sieno più cose da dare o da fare, l'oggetto è un solo, l'altro o gli altri, essendo indicati come oggetto di una facoltà riserbata al debitore, così io vi debbo la

casa e non altro; ma potrò liberarmene, dandovi 60,000 fr. (art. 1196 (1149)).

In principio, ed ove la scelta sia del debitore, le due obbligazioni hanno ciò di comune, che il debitore si libera, dando o facendo ciò che meglio gli piace, ed è tenuto per intero all'una cosa o all'altra, senza poter dare una parte dell'una e una parte dell'altra, ma non si dovrebbero perciò confondere, essendochè dalla loro differenza seguono importanti conseguenze.

LVI.—Infatti.—1° Se una delle cose (supponendone due) non può essere oggetto di un debito, l'obbligazione alternativa si restringerà unicamente all'altra, e diverrà pura e semplice; mentre se quella cosa fosse stata oggetto di una obbligazione facoltativa, questa sarebbe nulla e insiem con essa la facoltà di sostituire altra cosa.—2° Il vero oggetto dell'obbligazione alternativa non si conosce fino a quando non è stato determinato dalla parte, per modo che essendo due cose, l'una mobile, l'altra immobile, si potrà solo conoscere dopo la scelta se il debito fosse mobiliare o immobiliare; l'oggetto e quindi l'indole della obbligazione facoltativa si conoscono *ab initio*, e se immobiliare p. e., rimarrà *sempre tale* quando pure il debitore se ne liberasse con una cosa mobile che era *in facultate solutionis*.—3° Nell'obbligazione facoltativa il creditore dovrà domandare una sola cosa, l'unico oggetto del debito; in quella alternativa dovrà domandare al debitore di dar questa o quell'altra cosa a sua scelta, ovvero quella che a lui piacerà se la scelta è del creditore 4.—Da ultimo, nell'obbligazione facoltativa il debito si estingue per questo che l'unico oggetto non possa più darsi senza colpa del debitore; mentre il non potere dare una delle cose dovute alternativamente, benchè sia avvenuta senza colpa del debitore fa che il debito versi sull'altra cosa e diventi quindi puro e semplice; ma si estinguerebbe il debito alternativo, quando nessuna delle cose si potrebbe più dare senza colpa del debitore (art. 1193, 1194, 1195 (1140 1147, 1148)).

LVII.—Che avverrebbe, se nell'una e nell'altra obbligazione riuscisse impossibile per colpa del debitore il dare una o ciascuna delle cose dovute alternativamente? Nell'obbligazione facoltativa, il creditore dovrebbe domandare il valore in danaro della cosa dovuta, non potendo mai pretendere quella che il debitore avrebbe sempre il dritto di pagare. Ma nell'obbligazione alternativa, è mestieri distinguere: se la scelta era del debitore, il non potersi per colpa sua dare una delle cose, fa che il debito sia puro e semplice, non avendo egli il dritto di offrire il valore in danaro dell'altra che è divenuta impossibile; se entrambe son divenute impossibili, egli deve il prezzo di quella che in ultimo non potè più darsi (art. 1193 (1146)). Se la scelta è del creditore questi potrà domandare, o la seconda o il prezzo della prima, ove per cagion del debitore una delle cose non possa darsi, e non potendo darsi nè l'una nè l'altra, potrà domandare il prezzo di questa o di quella, sia pure il debitore in colpa riguardo ad una sola (art. 1194 (1147)).

Di leggieri non si potrebbero giustificare del tutto le riferite regole, due delle quali non sono molte eque, ma sono stabilite formalmente dalla legge. Del resto il creditore potrebbe secondo i casi ottenere i danni-interessi oltre il valore della cosa di cui per colpa del debitore vien privato (articolo 1193-1194 (1146, 1147)).

SEZIONE IV.

DELLE OBBLIGAZIONI UNICHE O MOLTIPLICI, E SPECIALMENTE DELLE SOLIDALI.

LVIII.—La obbligazione è unica, quando una sola persona deve ad un'altra sola lo oggetto della obbligazione; è moltiplice, riguardo alle persone, quando una sola cosa è dovuta da più debitori ad un sol creditore, o da un sol debitore a più creditori. —L'obbligazione moltiplice è disgiuntiva o congiuntiva secondo che si è debitore o cre-

ditore alternativamente o ad un tempo ; in quest' ultimo caso , la obbligazione si suddivide in semplicemente congiuntiva e in solidale. — Nella obbligazione congiuntiva non solidale , fossero congiunti i debitori o i creditori, l'obbligazione è sempre una sola , e ciascuno dei debitori vi è tenuto per una parte, come ciascuno dei creditori può domandare la sua parte.

LIX. — Nella obbligazione in solido che è sempre una, ciascuno dei debitori è tenuto all'intero debito, e ciascuno dei creditori può domandare l'intero credito, per modo che il pagamento fatto da uno dei condebitori ad uno dei creditori estingue il debito in vantaggio di tutti. Ma eseguito il pagamento, tutti i creditori ne avranno la loro parte , come tutti i debitori debbono tener ragione delle anticipazioni fatte da chi ha pagato, tranne una contraria stipulazione. — La obbligazione in solido che non vuolsi confondere con quella indivisibile, deve riguardarsi sotto due aspetti, riguardo ai creditori ovvero riguardo ai debitori (*Osservazioni preliminari* dell'articolo 1197 (1150)).

§ 1. — *Della solidarietà fra i creditori.*

LX. — La solidarietà fra creditori per la quale costoro son mandatarî e soci gli uni degli altri *ad conservandam obligationem*, può derivare soltanto da una espressa convenzione.

Ciascuno dei creditori in solido ha mandato di richiedere l' intero credito e far tutti gli atti abbisognevoli alla sua conservazione, cotal che la interruzione della prescrizione fatta da uno vantaggia tutti i concreditori. Per quel mandato il debitore ha pure il dritto di liberarsi pagando a questo o a quello dei creditori in solido, purchè non sia stato citato da alcuno per il pagamento, non potendo in tal caso schivare una condanna sotto il pretesto di voler pagare ad altri; chi lo cita ha il dritto di citarlo per tutti (art. 1197, 1199 (1150, 1152)).

Ma il mandato dà soltanto dritto di far gli atti per cui si conserva o si reca in atto il dritto di tutti; andando più oltre, il creditore non avrebbe mandato, cioè agirebbe per la sola sua parte. Quindi di una rimessa del debito, di una novazione consentite da lui , i concreditori non potrebbero risentire alcun danno (articolo 1198 (1151)).

Sebbene ciascuno dei concreditori abbia il dritto di farsi pagare dell'intero credito, e di liberar quindi il debitore , gli altri creditori avranno il dritto di pretendere dai loro concreditori che si dividesse il credito soddisfatto. Questo è il principio in materia di solidarietà fra creditori; il beneficio del credito è alle volte di un solo, quando questi provi di avere un dritto esclusivo alla somma dovuta (art. 1197 (1150)).

§ 2. — *Della solidarietà dei debitori.*

LXI. — Quando più debitori sono tenuti ad una medesima cosa, cotalchè ciascuno possa costringersi al pagamento per lo intero , evvi solidarietà fra loro , poichè ciascuno è tenuto in solido; ma dobbiam fare una importante distinzione. La solidarietà fra i debitori può esser perfetta o imperfetta, secondo che ciascuno di essi sarà o pur no il mandatario degli altri *ad perpetuandam obligationem*. La perfetta può soltanto derivare da una espressa convenzione, o da una formale disposizione della legge ; è dunque legale o convenzionale (art. 1202 (1155)).

Porgono esempî di solidarietà legale gli art. 396, 1033, 1448, 1887, ecc. (318, 1009, 1412, 1759) del Codice Napoleone, e 55 (51) del Codice penale; il quale ultimo deve restringersi ai soli casi preveduti e non estendersi agli autori dei delitti civili o quasi delitti, e nè alle contravvenzioni in materia di semplice polizia. La solidarietà per convenzione dev' essere espressamente stipulata , ma non con pa-

role sagramentali (*ibid.*).

LXII. — Non è necessario che tutti i debitori in solido, obbligati ad una medesima cosa, lo siano della ugual maniera; uno può essere a termine o con condizione, e l'altro puro e semplice (art. 1201 (1154)).

Diversi risultamenti ingenera cotesta solidarietà nei rapporti fra i creditori, o in quelli fra il creditore e i debitori. La esamineremo sotto l'uno e l'altro aspetto.

LXIII. Quando più debitori sono obbligati in solido, si suppone che al debito abbiano tutti un eguale interesse, per modo che nei rapporti fra loro ciascuno è debitore per la sua parte, e semplice fidejussore per la parte dei suoi condebitori. Tutti sono altronde responsabili, e reciproci mallevadori della insolventezza di alcuno di loro. Quindi il solo il quale ha pagato lo intero debito in solido, può ripetere dagli altri la parte rispettiva di ognuno, e gravare sopra i solventi in proporzione le parti che non potrebbe avere dagli insolventi (articoli 1213, 1214 (1166, 1167)). — La quale malleveria reciproca non dipende dalla volontà del creditore, onde quel debitore, a cui fosse stata da quello rimessa la solidarietà, non potrà ricusarsi di pagare la *sua parte* per la insolventezza di qualcheduno, avvegnachè il creditore che può rinunziare i suoi dritti, non possa modificare affatto i dritti dei debitori fra loro (articolo 1215 (1168)).— Ma può avvenire che l'obbligazione sia stata contratta nello interesse di un solo, non da tutti i debitori, e allora l'uno potrà per l'intero esser citato dal debitore che avrebbe pagato tutto il debito. In quest' unico caso può aversi il regresso per l'intero, dappoichè l'obligo della mutua garenzia e il bisogno di evitare un circolo inutile di azioni, rendono impossibile sempre il regresso per lo intero (art. 1214, 1216 (1167, 1169)).

LXIV.—Coteste distinzioni non riguardano il creditore; tutti i debitori essendo tenuti egualmente, ciascuno di loro a scelta del creditore può esser costretto al pagamento dell'intero senza il beneficio nè della discussione nè della divisione. Il debitore contro cui si è agito, non potrebbe opporre al creditore i procedimenti fatti da costui contro un altro debitore, poichè non essendosi eseguito il pagamento, resta sempre l'obbligo con tutti i suoi effetti (articolo 1203 1204 (2156, 1157)).

I debitori in solido che si rappresentano gli uni gli altri riguardo agli interessi del creditore, son mandatarî gli uni degli altri per ogni cosa che tenda *ad perpetuandam obligationem;* ma non dovrebbero tenersi responsabili dei fatti che tendono *ad augendam obligationem*. Mentre l' azione intentata contro uno di essi può interrompere la prescrizione e far correre anche gli interessi contro tutti, perchè non si esce dalla primitiva convenzione, la mora, in cui si è posto uno di essi, non basta onde fossero gli altri tenuti ai danni interessi non preveduti nel contratto (articolo 1206 1207 (1159, 1160)).

Per li medesimi principî, perdutasi la cosa per colpa o nella mora di uno di essi, gli altri saranno sempre obbligati pagarmi il prezzo, e quegli che è in colpa o in mora, gli altri danni-interessi (articolo 1205, (1158)).

Avvenuta la perdita senza colpa e innanzi che si mettesse in mora alcuno dei debitori, resteranno liberati tutti.

Ma se perduta la cosa tutti i debitori secondo che sieno in colpa o pur no si liberano ovvero restano obbligati; in altre circostanze possono gli uni esser liberati senza che per questo lo fossero gli altri. Le cause di estinzione (dette dalla legge *eccezioni*) si distinguono in assolute o *comuni* a tutti i debitori, e *personali*, o speciali ad uno, o a taluni di loro. Il debitore può opporre al creditore che agisce, tutte le cause comuni, e quelle a lui personali; non però quelle che sarebbero personali ad altri condebitori (articolo 1208 (1161)).

LXV.—Fra le *eccezioni assolute* debbonsi comprendere quelle che per legge derivano dall' indole della obbligazione, e le altre che si dicono comuni a tutti i debitori; da che le prime insieme con le seconde fanno unica classe. O l'obbligazione non abbia causa, oggetto, ovvero

li abbia non leciti; o si sia fatto un pagamento reale o per equivalente (p. e. con una dazione in pagamento, una novazione, o una compensazione opposta dal debitore); o il debito *intero* sia stato rimesso dal creditore, ovvero siasi prescritto, ec. in tutti questi casi la eccezione può opporsi da ciascuno dei debitori, ed è quindi comune a tutti.

Ma l'eccezioni personali sono, alcune *puramente personali* ad uno dei condebitori, cotal che non altri che lui può allegarle; come quelle che risultano dalla incapacità di uno di loro o dai vizi del suo consenso; altre sono *lato sensu personali*, anche ad uno debitori, che solo può opporle per lo intero, per modo che gli altri debitori possono allegarle per la parte che ha nel debito il condebitore (art. 1208 (1161)).

La *compensazione* che non è opposta dal condebitore, di cui il creditore è a sua volta debitore, è una eccezione personale *lato sensu* riguardo agli altri condebitori (*ibid*).—La *confusione* è pur tale; gli altri debitori possono giovarsene sino alla concorrenza della parte che ha nel debito il loro condebitore. Non importa da qual causa derivi la confusione, e nemmeno, tranne gli effetti più ampli, se la successione del creditore ad uno dei debitori, o viceversa, sia totale o solo in parte (articolo 1109 (1063)).— La *remissione* della solidarietà fatta dal creditore ad uno dei debitori, è pure una eccezione personale *lato sensu*. Qui non parliamo della remissione del debito fatta, o per lo intero o per la parte del condebitore, ma della remissione *della solidarietà;* la quale può essere espressa o tacita.

LXVI.—*Remissione espressa della solidarietà*. Allorchè il creditore vuol dividere il debito per un debitore in solido, ossia gli vuol rimettere la solidarietà, non potrà più agire contro gli altri condebitori, che dedotta la parte di quello. La qual conseguenza, in vero eccedente, che la legge cava dalla remissione della solidarietà, dovrebbe cessare, se il creditore avesse dichiarato di restringerla ai casi espressi, riserbandosi il dritto di agire per l'intero contro gli altri debitori (art. 1219 (1172)).

Tacita remissione della solidarietà. Il creditore che riceve divisa la parte di uno dei debitori in solido, o che agisce solo contro di lui per la sua parte, ma non indica nella quitanza o nella domanda che è *per la sua parte*, conserva la solidarietà riguardo a tutti i debitori, anche contro quello che lo ha pagato in parte, o contro di cui ha agito per la parte. Ma il creditore che, o nella quitanza rilasciata al debitore, o nella domanda avanzata contro di lui, abbia dichiarato essere *per la sua parte*, gli ha rimesso la solidarietà, nè potrà più agire contro di lui per le parti degli altri, purchè essendosi fatta la *domanda*, egli vi abbia aderito, ovvero sia stata pronunziata una sentenza di condanna (art. 1211 (1164)).

È pure una remissione tacita della solidarietà quando uno dei debitori in solido ha continuato per dieci anni successivi, senza alcuna riserba del creditore; a pagare una porzione di decorsi o interessi del debito; se il pagamento diviso non si fosse fatto per dieci anni, il debitore sarebbe sempre in solido per il capitale e gl'interessi o decorsi avvenire. Ma il creditore non potrebbe tenerlo come tale per quelli decorsi, o di cui il pagamento si fosse ricevuto per la parte del debitore (art. 1212 (1165)).

SEZIONE V.

DELLE OBBLIGAZIONI DIVISIBILI O INDIVISIBILI.

LXVII.—Ogni obbligazione, qualunque ne sia l'oggetto, non può eseguirsi in *parte* fra il creditore e il debitore, quindi il creditore può rifiutare i pagamenti in parte. Dunque la obbligazione non può esser divisibile o indivisibile, essendo uno il cre-

ditore e uno il debitore: ma lo può essere, essendovi più debitori o più creditori, come avviene alla morte di un creditore o di un debitore che lascino parecchi eredi. Allora giova indagare se la obbligazione sia o pur no indivisibile.

La obbligazione è indivisibile, e non può quindi in parte eseguirsi, qualunque sia il numero dei creditori o dei debitori, quando non può dividersi il suo oggetto. Ciò può avvenire in due modi; o perchè l'oggetto non può esser diviso nè materialmente nè intellettivamente, o perchè l'oggetto, sebbene possa dividersi almeno intellettivamente, non lo si debba sotto il rapporto con cui le parti contraenti lo riguardarono. La indivisibilità adunque è *natura* (poichè l'oggetto non può dividersi per la medesima sua indole) ovvero *contractu* (poichè l'oggetto che può in se stesso dividersi, diventa indivisibile sotto il rapporto con cui fu riguardato nella convenzione). Le obbligazioni che Dumoulin e Pothier (1) chiamavano indivisibili *solutione tantum*, sono divisibili, e la legge, come vedremo, fa produrre da esse una parte degli effetti della indivisibilità (*Osservazioni preliminari* dell'art. 1217 (1170).

§ 1. — *Della indivisibilità delle obbligazioni.*

LXVIII.—Secondo il fin qui detto l'obbligazione è indivisibile sempre e solo allora che l'oggetto non può dividersi nè materialmente nè intellettivamente, ovvero potendo dividersi o intellettivamente e giuridicamente (come un cavallo, di cui posso avere la proprietà di una metà o di altra parte, cotalchè giuridicamente si divida) ovvero materialmente (come un tratto di terreno) non può dividersi nella specie sotto l'aspetto con cui lo riguardarono le parti (*art.* 1217, 1218 (1170, 1171)).

I *medesimi* effetti produce sempre la indivisibilità, sia ella naturale o puramente convenzionale.

Essendo indivisibile l'obbligazione, ciascuno dei debitori è tenuto allo intero, come pure ciascuno dei creditori può riscuotere l'intero. Ma non per questo vi sarebbe solidarietà, perchè se ciascuna parte ha il dritto attivo o passivo *in totum* come nella solidarietà, non lo ha però colla medesima energia e colle medesime conseguenze (art. 1122, 1123 (1076, 1077)).

Se la cosa perisce per colpa o fatto di *tutti i debitori*, saranno tutti tenuti ai danni-interessi; ma siccome ciascuno era tenuto *in totum* per la forza delle cose, e stante la indivisibilità dell'oggetto, cessando la indivisibilità (poichè i danni-interessi si possono dividere) l'obbligazione non sarà più *in totum* e ciascuno debitore dovrà solo la sua porzione. Perdutasi la cosa per il fatto di un solo, questi sarà sempre tenuto ai danni-interessi, poichè i condebitori non si rappresentano mutuamente come nella solidarietà. Non sarebbe così nella clausola penale secondo i principî che esporremo appresso; ma saran dovuti sempre i danni-interessi per la parte di ciascun debitore, laddove in questo medesimo caso i debitori in solido sarebbero tenuti ognuno per l'intero (articolo 1225, 1232 (1178, 1185)).

LXIX.—Uno dei creditori non potrebbe da se solo fare una rimessione efficace del debito, nè ricevere in vece della cosa il suo prezzo. Ma se tal rimessione o dazione in pagamento non tolgono che il debitore sia tenuto *in totum* rispetto ai creditori, egli può almeno farsi tener conto dal creditore del valore della porzione di colui che ha fatto la rimessione, o ricevuto il prezzo (art. 1224 (1177)).

Il debitore citato dal creditore per l'intero debito, può ottenere un termine onde chiamare in causa tutti gli altri debitori della medesima cosa, tranne che il debito

(1) Dumoulin e Pothier, di cui non abbiamo voluto riferire il linguaggio assai poco logico a parer nostro, chiamavano, non sappiamo perchè, la prima, indivisibilità *natura* o *contractu*, la seconda, *obligatione*.

li abbia non leciti; o si sia fatto un pagamento reale o per equivalente (p. e. con una dazione in pagamento, una novazione, o una compensazione opposta dal debitore); o il debito *intero* sia stato rimesso dal creditore, ovvero siasi prescritto, ec. in tutti questi casi la eccezione può opporsi da ciascuno dei debitori, ed è quindi comune a tutti.

Ma l'eccezioni personali sono, alcune *puramente personali* ad uno dei condebitori, cotal che non altri che lui può allegarle; come quelle che risultano dalla incapacità di uno di loro o dai vizî del suo consenso; altre sono *lato sensu personali*, anche ad uno debitori, che solo può opporle per lo intero, per modo che gli altri debitori possono allegarle per la parte che ha nel debito il condebitore (art. 1208 (1161)).

La *compensazione* che non è opposta dal condebitore, di cui il creditore è a sua volta debitore, è una eccezione personale *lato sensu* riguardo agli altri condebitori (*ibid*).—La *confusione* è pur tale; gli altri debitori possono giovarsene sino alla concorrenza della parte che ha nel debito il loro condebitore. Non importa da qual causa derivi la confusione, e nemmeno, tranne gli effetti più ampli, se la successione del creditore ad uno dei debitori, o viceversa, sia totale o solo in parte (articolo 1109 (1063)).— La *remissione* della solidarietà fatta dal creditore ad uno dei debitori, è pure una eccezione personale *lato sensu*. Qui non parliamo della remissione del debito fatta o per lo intero o per la parte del condebitore, ma della remissione *della solidarietà;* la quale può essere espressa o tacita.

LXVI.—*Remissione espressa della solidarietà*. Allorchè il creditore vuol dividere il debito per un debitore in solido, ossia gli vuol rimettere la solidarietà, non potrà più agire contro gli altri condebitori, che dedotta la parte di quello. La qual conseguenza, in vero eccedente, che la legge cava dalla remissione della solidarietà, dovrebbe cessare, se il creditore avesse dichiarato di restringerla ai casi espressi, riserbandosi il dritto di agire per l'intero contro gli altri debitori (art. 1219 (1172)).

Tacita remissione della solidarietà. Il creditore che riceve divisa la parte di uno dei debitori in solido, o che agisce *solo* contro di lui per la sua parte, ma non indica nella quitanza o nella domanda che è *per la sua parte*, conserva la solidarietà riguardo a tutti i debitori, anche contro quello che lo ha pagato in parte, o contro di cui ha agito per la parte. Ma il creditore che, o nella quitanza rilasciata al debitore, o nella domanda avanzata contro di lui, abbia dichiarato essere *per la sua parte*, gli ha rimesso la solidarietà, nè potrà più agire contro di lui per le parti degli altri, purchè essendosi fatta la *domanda*, egli vi abbia aderito, ovvero sia stata pronunziata una sentenza di condanna (art. 1211 (1164)).

È pure una remissione tacita della solidarietà quando uno dei debitori in solido ha continuato per dieci anni successivi, senza alcuna riserba del creditore; a pagare una porzione di decorsi o interessi del debito; se il pagamento diviso non si fosse fatto per dieci anni, il debitore sarebbe sempre in solido per il capitale e gl'interessi o decorsi avvenire. Ma il creditore non potrebbe tenerlo come tale per quelli decorsi, e di cui il pagamento si fosse ricevuto per la parte del debitore (art. 1212 (1165)).

SEZIONE V.

DELLE OBBLIGAZIONI DIVISIBILI O INDIVISIBILI.

LXVII.—Ogni obbligazione, qualunque ne sia l'oggetto, non può eseguirsi in *parte* fra il creditore e il debitore, quindi il creditore può rifiutare i pagamenti in parte. Dunque la obbligazione non può esser divisibile o indivisibile, essendo uno il cre-

ditore e uno il debitore: ma lo può essere, essendovi più debitori o più creditori, come avviene alla morte di un creditore o di un debitore che lascino parecchi eredi. Allora giova indagare se la obbligazione sia o pur no indivisibile.

La obbligazione è indivisibile, e non può quindi in parte eseguirsi, qualunque sia il numero dei creditori e dei debitori, quando non può dividersi il suo oggetto. Ciò può avvenire in due modi; o perchè l'oggetto non può esser diviso nè materialmente nè intellettivamente, o perchè l'oggetto, sebbene possa dividersi almeno intellettivamente, non lo si debba sotto il rapporto con cui le parti contraenti lo riguardarono. La indivisibilità adunque è *natura* (poichè l'oggetto non può dividersi per la medesima sua indole) ovvero *contractu* (poichè l'oggetto che può in se stesso dividersi, diventa indivisibile sotto il rapporto con cui fu riguardato nella convenzione). Le obbligazioni che Dumoulin e Pothier (1) chiamavano indivisibili *solutione tantum*, sono divisibili, e la legge, come vedremo, fa produrre da esse una parte degli effetti della indivisibilità (*Osservazioni preliminari* dell'art. 1217 (1170).

§ 1. — *Della indivisibilità delle obbligazioni.*

LXVIII.—Secondo il fin qui detto l'obbligazione è indivisibile sempre e solo allora che l'oggetto non può dividersi nè materialmente nè intellettivamente, ovvero potendo dividersi o intellettivamente e giuridicamente (come un cavallo, di cui posso avere la proprietà di una metà o di altra parte, cotalchè giuridicamente si divida) ovvero materialmente (come un tratto di terreno) non può dividersi nella specie sotto l'aspetto con cui lo riguardarono le parti (art. 1217, 1218 (1170, 1171)).

I medesimi effetti produce sempre la indivisibilità, sia ella naturale o puramente convenzionale.

Essendo indivisibile l'obbligazione, ciascuno dei debitori è tenuto allo intero, come pure ciascuno dei creditori può riscuotere l'intero. Ma non per questo vi sarebbe solidarietà, perchè se ciascuna parte ha il dritto attivo o passivo *in totum* come nella solidarietà, non lo ha però colla medesima energia e colle medesime conseguenze (art. 1122, 1123 (1076, 1077)).

Se la cosa perisce per colpa o fatto di *tutti i debitori*, saranno tutti tenuti ai danni-interessi; ma siccome ciascuno era tenuto *in totum* per la forza delle cose, e stante la indivisibilità dell'oggetto, cessando la indivisibilità (poichè i danni-interessi si possono dividere) l'obbligazione non sarà più *in totum* e ciascuno debitore dovrà solo la sua porzione. Perdutasi la cosa per il fatto di un solo, questi sarà sempre tenuto ai danni-interessi, poichè i condebitori non si rappresentano mutuamente come nella solidarietà. Non sarebbe così nella clausola penale secondo i principî che esporremo appresso; ma saran dovuti sempre i danni-interessi per la parte di ciascun debitore, laddove in questo medesimo caso i debitori in solido sarebbero tenuti ognuno per l'intero (articolo 1225, 1232 (1178, 1185)).

LXIX.—Uno dei creditori non potrebbe da se solo fare una rimessione efficace del debito, nè ricevere in vece della cosa il suo prezzo. Ma se tal rimessione o dazione in pagamento non tolgono che il debitore sia tenuto *in totum* rispetto ai creditori, egli può almeno farsi tener conto dal creditore del valore della porzione di colui che ha fatto la rimessione, o ricevuto il prezzo (art. 1224 (1177)).

Il debitore citato dal creditore per l'intero debito, può ottenere un termine onde chiamare in causa tutti gli altri debitori della medesima cosa, tranne che il debito

(1) Dumoulin e Pothier, di cui non abbiamo voluto riferire il linguaggio assai poco logico a parer nostro, chiamavano, non sappiamo perchè, la prima, indivisibilità *natura* o *contractu*, la seconda, *obligatione*.

potesse soddisfarsi da lui solo; allora dovrebbe esser condannato solo, e poi rivolgersi contro gli altri (art. 1225 (1178)).

§ 2. — *Della divisibilità e delle sue eccezioni.*

LXX.—Qualunque obbligazione di cui l'oggetto non si comprende fra le due riferite classi d'indivisibilità, deve necessariamento dividersi; di modo che ciascuno degli eredi del debitore primitivo è tenuto per la sua parte ereditaria, come ciascuno degli eredi del creditore può riscuotere egualmente la sua porzione (articolo 1220 (1173)).

Nei tre seguenti casi, contro ciascuno degli eredi del debitore si può agire per l'intero, sebbene divisibile sia l'oggetto delle obbligazioni:

1. Quando il debito è d'un corpo certo, l'erede cui esso sortì, può essere chiamato per lo intero; possedendo egli solo la cosa dovuta, non può allegare il principio della divisione.

2. Quando uno degli eredi è il solo incaricato dal titolo di eseguire la obbligazione.

3. In fine, se è riconosciuto o da una clausola espressa dell'atto, ovvero dalle circostanze, che le parti ebbero lo intendimento non di fare indivisibile l'obbligazione (la qual cosa avrebbe dato una indivisibilità *contractu* che produrrebbe effetto per gli eredi del creditore e per quelli del debitore), ma solo di togliere agli eredi del debitore la facoltà di liberarsi in parte.

Nei tre casi lo erede che ha pagato tutto il debito, può rivolgersi contro i suoi coeredi (art. 1221 (1124)).

Le quali tre eccezioni sono le sole, non ostante che la legge ne aggiunga altre due. L'ipoteca non potrebbe rendere indivisibile il debito, anche riguardo agli *eredi del* debitore i quali sono sempre personalmente obbligati per la loro parte ereditaria. Così parimente non è indivisibile un debito alternativo di cose a scelta del creditore, una delle quali sia indivisibile; qualunque cosa sceglierà il creditore, non si potrà mai scorgere una eccezione al principio del pagamento in parti nei debiti *divisibili*; dappoichè se l'obbligazione versa sulla cosa divisibile, essa necessariamente sarà governata dal principio; se invece sulla cosa indivisibile, non saremo più in una eccezione, essendo il debito indivisibile (art. 1221 (1174)).

Arroge, che rispetto ai crediti la *divisione* in parti ereditarie che si effettua *di pieno* dritto alla morte del creditore, è provvisoria, e potrebbe farsene poi un'altra diversa mercè una convenzione (articolo 1220 (1173), *in fine*).

SEZIONE VI.

DELLE OBBLIGAZIONI PRINCIPALI O ACCESSORIE E SPECIALMENTE DELLA CLAUSOLA PENALE.

LXXI. — Se una obbligazione è il fondamento di un'altra, la prima dicesi *principale*, l'altra *accessoria*. L'obbligazione accessoria può formarsi insieme con la principale, come nella fideiussione e nel pegno, ovvero dopo, come nel caso di danni-interessi per lo inadempimento di una obbligazione, si sieno essi stabiliti prima con una stipulazione detta *clausola penale*, o le parti non vi abbiano provveduto.

§ 1. — *Della clausola penale.*

LXXII. — Acciò meglio si assicuri lo adempimento di una obbligazione, o si prevengano gl'indugi, le parti possono fare una convenzione, che dicesi *clausola pe-*

nale con cui stabiliscono una cosa da fare o da dare, invece di danni-interessi (articolo 1226, 1229 (1179, 1182)).

L'obbligazione che si genera dalla clausola penale, essendo essenzialmente accessoria, avrà esistenza se non sarà nulla la principale; ma questa non potrebbe dipendere dallo esser valida o nulla la clausola penale (art. 1229 (1180)). — La clausola penale che mira a far che si adempia la principale obbligazione e tien le veci di danni-interessi per il creditore, non si potrebbe domandare insieme con l'obbligazione principale, tranne che il contrario non si sia stipulato espressamente o tacitamente, ovvero che per la semplice mora si sia stabilita la pena. Per tal principio il creditore può domandare si adempia la obbligazione principale, anzichè la clausola penale (art. 1228, 1229 (1181, 1182)). — Ma siccome, da altra mano, si è tenuto a danni-interessi quando il debitore è in mora ovvero in colpa, e il debitore deve esser posto in mora (sia o pur no apposto un termine all'obbligazione), la clausola penale si potrà volere adempita posciachè si è posto il debitore in mora (art. 1230 (1183)).

LXXIII. — Lo inadempimento avvenuto per colpa di uno degli eredi del debitore, essendo l'obbligazione principale indivisibile *natura*, *contractu*, ovvero anche *solutione tantum*, renderà obbligato il solo colpevole alla pena intera, e ciascuno degli altri per la loro porzione ereditaria (e ipotecariamente per lo intero) salvo il regresso contro il colpevole.

I danni-interessi, che si stipulano espressamente con la clausola penale, sono riguardati come una speciale obbligazione soggetta alla condizione di non adempirsi la principale obbligazione. — Essendo l'obbligazione divisibile, colui che manca incorrerebbe nella pena, per la sua parte soltanto (art. 1232, 1233 (1185, 1186)).

Essendo la convenzione una legge per le parti contraenti, il creditore non potrà mai pretendere danni-interessi maggiori di quelli stabiliti, qualunque sia il danno sofferto, nè il debitore potrà esimersi da quella pena, quando pure intendesse provare di non aver partorito alcun danno. Ma se in parte è stata adempiuta la obbligazione principale, il giudice, sulla presunta intenzione delle parti, potrà, secondo i casi, modificare la pena (art. 1231 (1184)).

CAPITOLO TERZO

DELLO EFFETTO DELLE OBBLIGAZIONI.

LXXIV. — L'effetto delle obbligazioni è di permettere al creditore che usi i mezzi legali di costringimento: 1° per astringere il debitore ad eseguir l'obbligazione, cioè a procurargli quello cui si era obbligato; 2° ove quegli si neghi, perchè egli potendo se lo procuri, malgrado il debitore e a sue spese; 3° per ottenere i danni-interessi, sia perchè non si è affatto adempito, sia perchè tardi e non per intero si sia adempito.

SEZIONE PRIMA.

DELLA ESECUZIONE VOLONTARIA O FORZATA.

LXXV. — Senza dubbio il creditore può pretendere dal suo debitore l'adempimento di ciò cui questi si era obbligato, il beneficio qualunque, che forma l'oggetto dell'obbligazione.

Il nostro Codice, a differenza del dritto romano (che mai permetteva al creditore una condanna pecuniaria di danni-interessi), permette al creditore la esecuzione forzata, se il debitore non adempie, ma non

già in tutti i casi, sòlo quando vi può riuscire senza far violenza al debitore, come potrebbe avvenire se l' obbligazione, per sua natura, non possa adempirsi che da lui. Il creditore però può rinunciarvi, accontentandosi dei danni-interessi (art. 1143 (1097)).

Non c'è nulla da dire intorno alla esecuzione volontaria o forzata della obbligazione: essa consiste nel dare al creditore quel vantaggio che ne forma l'oggetto; ma dei danni-interessi bisogna dare qualche sviluppo.

SEZIONE II.

DANNI-INTERESSI.

LXXVI.—Per *danni-interessi* s'intende la riparazione delle *perdite* sofferte dal creditore per cagion del debitore, e dei *benefici* che questi non gli ha fatto fare: due idee che si comprendono in una sola; nell' ordinario linguaggio dicesi perdita il non ottenere un guadagno. I danni-interessi son dunque il compenso delle perdite cagionate al creditore.

Il debitore in tal modo è soltanto obbligato ai danni-interessi ove abbia cagionato al creditore un danno che può risultare o dallo inadempimento totale, o dal semplice ritardo (art. 1147, 1148 (1101, 1102)). Il ritardo, o come dice la legge, la mora (*mora)* per cui alle volte son dovuti danni-interessi, è in tutti i casi un elemento necessario; perchè mentre *il debitore* è in tempo di eseguire la sua obbligazione o di regolarne lo adempimento incompleto, il creditore non può lagnarsi. —Ma non basta che l'obbligato sia in mora, deve pure essere in colpa, nè ciò di cui il creditore si duole, deve provenire da una forza maggiore, da una causa che non si potrebbe affatto imputare a quello: niuno è tenuto all'impossibile. Occupiamoci delle due cause, che riunite fan sorgere l' obbligo dei danni-interessi: 1° la mora del debitore, e 2° la sua colpa. Parleremo poi della estensione e valutazione dei danni-interessi.

§ 1. — *Della mora del debitore.*

LXXVII.—Il debitore dovrebbe riguardarsi in mora da quando non adempie la sua obbligazione. Se egli fa quel che non doveva, o non fa o non dà al tempo posto ciò che dovea, è realmente in *mora*. — Ma tale realità di fatti non è stata consacrata dal nostro Codice, come era nella legislazione romana; da noi la mora non si compie legalmente che secondo alcune regole diverse secondo la natura e le circostanze dell'obbligazione.

1° Quando l'obbligazione è di non fare, il debitore è immediatamente in mora, facendo ciò che non dovea (articolo 1145 (1099)).

2° Quando l'obbligazione è di fare o di dare e non può eseguirsi che in un dato termine, il debitore è in mora, se in quel tempo non adempie la obbligazione (articolo 1146 (1100)).

Pur nondimeno, se nell'obbligazione di dare, il creditore dovesse recarsi a ricevere la cosa, il debitore sarebbe in mora, quando fosse dimostrato che il creditore si era presentato per richiedere la cosa, e non gli è stata rilasciata.

3° Vi sarebbe anche mora per il solo venire del termine posto, in ogni obbligazione di dare o di fare, se si fosse fatta una stipulazione formale intorno a ciò, o si fosse così ordinato da un testo speciale delle leggi (art. 1139 (1093)). Aggiungasi una altra restrizione per il caso in cui il creditore dovesse andare a prendere *la cosa* dovuta.

4° Negli altri casi di dare o di fare il debitore sarà in mora, se il creditore gli avrà fatto una citazione o un atto equiva-

lente; deve però scorrere il termine moralmente necessario per l'adempimento (*ibid.*).

5° Infine, nelle obbligazioni di somme determinate, la mora (tranne qualche caso eccezionale in cui un testo speciale la faccia risultare dal semplice spirare del termine) incomincia dalla domanda giudiziale, o almeno da quella in conciliazione seguita dalla citazione in un mese, a contare dalla non conciliazione delle parti, o dalla non comparsa del debitore (articolo 1153 (1107)).

§ 2. — *Della colpa del debitore.*

LXXVIII. — Il debitore è in colpa quando ha mancato di fare ciò che dovea per adempiere la sua obbligazione. Ma in che *si estende* il suo dovere? Quali cure deve avere o per compiere il fatto o per conservare o rilasciare la cosa che forma lo oggetto della sua obbligazione?

Il nostro dritto antico, conformandosi al dritto romano, distingueva tre classi di cure che si devono prestare dal debitore secondo i casi, e dalla loro mancanza costituiva tre gradi di colpa. — La *colpa grave*, quando l'obbligato non aveva avuto nello affare la sua solita vigilanza; la *colpa lieve*, quando non avea prestato le cure ordinarie di un solerte amministratore; la *colpa lievissima* in fine, quando egli non aveva usato la prudenza e i prevedimenti di un vigile amministratore per quanto più era possibile. La prima colpa, che risultava dal raffronto con la condotta del debitore, dicevasi per ciò colpa in concreto; le altre due, che si valutavano dal confronto con un tipo astratto, dicevansi colpe *in abstracto*. — Il debitore dovea prestare le cure della prima classe, se lo affare riguardava il creditore; quelle della seconda, se riguardasse tanto lui che quello; quelle estreme finalmente, quando scopo unico del contratto era il suo interesse, ed era quindi un puro atto di obbligazione del creditore (art. 1137 (1091)).

LXXIX. — La qual teoria più ingegnosa che pratica, e di cui il principio veniva meno in gran parte per le molte eccezioni e modificazioni fatte, fu rigettata dal Codice. La legge, tranne una eccezione (per il deposito), non va mai più in là della seconda classe delle tre indicate colpe; si deve sempre valutar la condotta dell'obbligato raffrontandola con le cure ordinarie di uno amministratore. Siccome in ciò si deve necessariamente avere un certo arbitrio, spetta al giudice applicar la regola con maggiore o minore severità secondo le circostanze (art. 1137 (1091)).

Il debitore che non ha eseguito, ovvero irregolarmente o tardamente eseguito, non è tenuto ai danni-interessi, ove provi esserne stata cagione una forza maggiore o una cosa che non possa imputarglisi. Anzi se la obbligazione, che per un caso fortuito non si è potuta eseguire o si è resa meno vantaggiosa, fosse di dare un corpo certo, una cosa determinata *in ipso individuo*, il debitore non solo non sarebbe tenuto ai danni-interessi, ma il creditore gli dovrebbe sempre pagare il prezzo intero della cosa deteriorata o distrutta (articolo 1138 (1092), 2ª parte).

Però i danni-interessi saranno sempre dovuti nel caso stesso in cui vi sia stata una forza maggiore: 1° se il creditore provi che l'avvenimento di forza maggiore sia stato preceduto da una colpa, o soltanto da un fatto del debitore, senza di che avrebbe potuto adempiersi regolarmente la obbligazione; 2° se il debitore si fosse formalmente incaricato dei casi fortuiti; 3° se il caso fortuito fosse avvenuto dopo la messa in mora, tranne, in quest'ultimo caso, non provi il debitore che il caso fortuito sarebbe pure avvenuto e avrebbe partorito il medesimo effetto, sebbene si fosse adempiuto prima (art. 1302 (1256)).

§ 3. — *Della estensione e valutazione dei danni-interessi.*

LXXX. — I danni-interessi, in generale, sono il ristoro della perdita cagionata al creditore (non solo della perdita propriamente detta, *damnum emergens*, ma anche della privazione del guadagno, *lucrum cessans*), onde la regola sarebbe semplicissima e da applicarsi sempre; ma pure non è così come potrebbe credersi: i danni-interessi variano in più o in meno, secondo i casi, nelle obbligazioni che non riguardano somme determinate; ma in queste ultime si valutano diversamente (art. 1149 (1103)).

1. Delle obbligazioni che non riguardano somme determinate.

LXXXI. — Nelle obbligazioni che non riguardano somme determinate, i danni-interessi, ove le parti non li abbiano anticipatamente determinato, si valutano naturalmente secondo il danno sofferto; ma sono più o meno se il debitore sia stato o no in dolo.

E primieramente, il debitore non è mai tenuto alle perdite che non hanno per unica causa lo inadempimento, ma che per indiretto ne derivano, bensì è tenuto a quelle che derivano direttamente e necessariamente; ma saranno più o meno giusta la riferita distinzione. — Se il debitore senza alcun dolo non ha adempiuto la sua obbligazione, e gli è imputabile il suo fatto o la sua colpa, è tenuto solo alle perdite che ragionevolmente si son potute prevedere al tempo del contratto. I danni-interessi si riguardano come un debito che risulta da una tacita convenzione; le parti non han potuto prevedere altro danno che quello suole di ordinario avvenire. Il debitore, che è in dolo, sarà tenuto a *tutte* le perdite da lui cagionate, quando pure non avesse potuto prevederle al tempo del contratto; poichè non può supporsi una convenzione a fin di restringere il ristoro di un danno cagionato con iscienza e mala fede.

Tutte le perdite, diciamo, ma solo quelle che risultano direttamente dallo inadempimento, poichè non si è mai tenuto alle altre (art. 1150, 1151 (1104, 1105)).

La somma determinata, che per stipulazione dovrà pagare il debitore per danni-interessi ove non adempia la obbligazione, sarà sempre dovuta, nè potrà esser cresciuta o sminuita per grande o lieve *che* sia il danno sofferto. Tal convenzione, detta *clausola penale*, deve eseguirsi come qualunque altra legalmente fatta. La clausola penale o la anticipata valutazione dei danni-interessi può aver per oggetto qualunque altra cosa che non sia una determinata somma (art. 1152 (1106)).

1. Delle obbligazioni di somme determinate.

LXXXII. — Si osservi primieramente, che nelle obbligazioni di somme determinate, i danni-interessi non mirano a ristorare il danno cagionato dal nessuno o dallo incompleto adempimento, ma solo quello che deriverà dal loro adempimento ritardato. Difatti, il debitore che non potrebbe pagar la somma dovuta come oggetto della obbligazione, non potrebbe nemmeno pagarla a titolo di danni-interessi. Quindi si darà un' altra somma da aggiungersi alla principale, onde ristorare il danno cagionato col ritardo del pagamento (art. 1153 (1107)).

Nelle obbligazioni di somme determinate, i danni-interessi non variano come nelle altre, sia o no il debitore in dolo; anzi si valuteranno secondo una base uniforme, e indipendente dal valore delle perdite che si son potute fare dal creditore.

Siccome l'uso e il destino d'una somma determinata variano sempre, e vario dee quindi essere il danno che può derivare

dal non essersi ottenuta la somma al tempo posto, si è voluto stabilire qui una regola generale, messi da canto i fatti: il danno cagionato sarà legalmente compensato coll' interesse legale della somma dovuta al 5 per 100 in materia civile, e al 6 per 100 in materia commerciale. Per quanto lieve o grave possa essere il danno sofferto, il creditore avrà sempre e soltanto dritto all'interesse legale dal giorno della mora. Si fa eccezione in materia di fidejussione, di società e di lettere di cambio quando il creditore può ottenere un altro ristoro oltre l'interesse del danaro. Ma la regola avrebbe anche vaglia di fronte alla clausola penale con cui il debitore si sarebbe formalmente obbligato a pagare più dell'interesse ordinario del danaro, avvegnachè così si violasse una legge speciale che restringe rigorosamente lo interesse convenzionale alla medesima tassa di quello legale (art. 1153 (1107 M)).

Gl'interessi dovuti per danni-interessi e per ritardato pagamento, *mora*, diconsi per questo *interessi moratori*; quelli dovuti per il semplice godimento del capitale, diconsi *interessi compensatori*.

LXXXIII. — Evvi infine una regola, che sebbene non appartenga alla materia dei danni-interessi, pure vien dettata dal Codice in questo luogo; ed è, se gli interessi di un capitale potranno partorirne degli altri, ed in che modo.

Lo interesse degli interessi stipulato anticipatamente, e per gl' interessi che saranno per correre, è stato sempre riguardato come inevitabilmente ruinoso al debitore, e quindi è stato sempre vietato assolutamente nella legislazione romana, nella giurisprudenza francese, e infine nel Codice. Non si può nemmanco stipulare liberamente lo interesse degli interessi già corsi, che presenta certamente minori pericoli; il che permesso dal dritto romano primitivo, fu successivamente vietato dalla legislazione di Giustiniano, dalla nostra antica giurisprudenza ed anche dal nostro dritto intermedio; non ostante il divieto di tredici secoli, il Codice lo permette soltanto per gl'interessi dovuti per un anno di godimento del capitale. Questo interesse deve correre dal giorno di una domanda giudiziale o di una formale convenzione (articolo 1354 (1308)).

Cotesta regola che restringe il dritto comune, non si applicherebbe nè alla restituzione dei frutti, nè agli affitti dei poderi o delle case, nè ai decorsi delle rendite, come nemmeno agli interessi di un capitale che si fosse pagato da un terzo per liberare il debitore; dappoichè essi sono interessi fra il debitore e il creditore, e diventano un capitale nei rapporti del terzo col debitore (art. 1155 (1108)).

CAPITOLO QUARTO

CAUSE CON CUI SI ESTINGUONO LE OBBLIGAZIONI.

LXXXIV. — Noi qui non tratteremo delle cause speciali che estinguono un'obbligazione in questo o in quel caso, dovendone parlare nella materia che ognuna di esse riguarda; in questi principî *generali* delle obbligazioni presenteremo solo le cause *generali* d'estinzione che sono dieci:

1° Il pagamento o l' esecuzione diretta dell'obbligazione;

2° La novazione, o la sostituzione d'una obbligazione ad un'altra;

3° La remissione del debito;

4° La compensazione delle due obbligazioni che s'estinguono l'una con l'altra, essendo il creditore dell'una debitore dell'altra, e viceversa;

5° La confusione, o riunione in una stessa persona delle due qualità di creditore e debitore della medesima obbligazione;

6° Il succedere di un avvenimento che renda impossibile lo adempimento;

7° Lo annullamento della obbligazione profferito in giudizio;

8° L' effetto della condizione risolutiva adempitasi innanzi che si esegua l' obbligazione;

9° La prescrizione opposta dal debitore; 10° Infine, lo scorrer del termine per cui è imposta l' obbligazione (art. 1234 (1187)).

Più innanzi (n. XLIX) dicemmo dello effetto della condizione risolutiva; della prescrizione faremo un titolo a parte; della estinzione della obbligazione, per l'elasso del termine, non bisogna il menomo sviluppo; sicchè ci resta a trattare di sole sette cause di estinzione, facendone oggetto di sette sezioni distinte.

SEZIONE PRIMA.

DEL PAGAMENTO.

LXXXV. — Lo adempimento dell'obbligazione, ossia di ciò cui si era tenuto, costituisce il pagamento. Estinguendo l' obbligazione, esso ne estingue naturalmente gli accessori; ma non sempre, potendo avvenire che le garenzie accessorie, che proteggevano un credito già pagato ed estinto, sussistano per un altro credito su cui la legge le trasferisce; cioè quando il pagamento si fa non dal debitore, ma da un terzo che vien *surrogato* ai dritti del creditore. Per tal caso si richiedono regole speciali.

Inoltre, ove alcuno sia tenuto verso il medesimo creditore a più debiti di cose di egual natura, e non può soddisfarle con unico pagamento, è necessario si determini se al debitore o al creditore spetti il fare la *imputazione* del *pagamento a* questo o quel debito, e il modo onde nel silenzio delle parti si dovrebbe imputare.

Infine, ove un creditore, senza un ragionevole motivo, si neghi di ricevere *il* pagamento, il debitore ha un mezzo onde liberarsi, malgrado del creditore dal cui capriccio non può dipendere che l'obbligazione si perpetui.

Diremo dunque per ordine: 1° del pagamento in generale; 2° del pagamento *con* surrogazione; 3° della imputazione del pagamento; 4° infine, del pagamento forzato, caso che il creditore rifiuti.

§ 1. — *Regole generali sul pagamento.*

LXXXVI. — Un debito può pagarsi non solo dal debitore, ma da qualunque altro, anche senza interesse. In tutti i casi, sia fatto il pagamento da chi si voglia, il debito sarà necessariamente estinto, e il debitore liberato; ma questi sarà obbligato in faccia a chi ha pagato per lui, ed ha agito il suo affare.

Bisogna però, per estinguersi l'obbligazione e liberarsi l'obbligato, che il terzo abbia pagato, e non comprato il credito; poichè allora esisterebbe sempre il medesimo debito (art. 1236 (1189)).

Però questa regola, che il pagamento possa farsi dal non debitore, sarà applicabile quando il creditore non abbia interesse che si faccia dallo stesso debitore (art. 1237 (1190)).

LXXXVII. — Il pagamento che deve trasferire la proprietà dell'oggetto pagato (il che avviene nelle obbligazioni di cose indeterminate ed anche di corpi certi, di cui il debitore ritenesse la proprietà fino alla consegna) non può validamente farsi se non che da colui che n'è proprietario e può alienarlo.

Se chi ha pagato non fosse proprietario della cosa, il creditore potrebbe solo acquistarne la proprietà con la prescrizione (che pei mobili non perduti nè rubati avverrebbe immediatamente); ma fino a che non si compia, potrebbe soffrire evizione dal proprietario della cosa. Il creditore che avesse di buona fede consumata la cosa, il che può solo avvenire delle cose mobili, sarebbe al coverto, nè il proprietario potrebbe più domandare da lui nemmeno i mobili perduti o rubati; se li avesse consumati di mala fede, il proprietario potrebbe domandare i danni-interessi. — Il creditore può conservare la

cosa, compinto che è il tempo della prescrizione; ma non vi essendo obbligato, potrebbe costringere il debitore a rilasciarne una altra di cui fosse proprietario; dacchè nessuno è costretto di valersi della prescrizione, suo malgrado e contro coscienza (art. 1238 (1191)).

Se colui che ha rilasciato la cosa, tuttochè proprietario, fosse incapace di alienarla, potrebbe impugnare il pagamento, se ciò giovasse ai suoi interessi, come se avesse rilasciato una cosa di un prezzo maggiore di una altra con cui si sarebbe potuto anche sdebitare. Ma non potrebbe nemmeno avere più azione se il creditore avesse di buona fede consumata la cosa (art. 1238 (1191)).

LXXXVIII.—Il pagamento deve farsi al creditore che è capace di ricevere, o a chi è mandato da lui o dalla legge o dal magistrato per ricevere in sua vece.

Pure il pagamento fatto al creditore incapace, è confermato se è volto in vantaggio di lui, ed egli non soffre alcun danno dalla irregolarità del pagamento, ovvero anche se è ratificato da quello che dovea ricevere per lo incapace. Similmente, il pagamento che dovea farsi ad un creditore capace, fatto a chi non avea mandato di ricevere in sua vece, diventa valido, se il creditore lo ratifichi, o ne profitti (articolo 1241 (1194)).

Il pagamento sarebbe pur valido, se fatto non al creditore nè al suo mandatario, ma al possessore del credito, cioè a chi avrebbe il pacifico godimento della qualità di creditore, come all'erede apparente, o ad un mandatario di cui fosse rivocato il mandato, se la revoca non si fosse notificata al debitore. Ma non sarebbe il medesimo se fosse spirato il termine di un mandato o questo fosse falso, perchè nel primo caso il debitore è stato negligente, nell'altro egli è stato ingannato (art. 1239 e 1240 (1192, 1193)).

Il pagamento, fatto anche al creditore padrone dei suoi dritti, è parimente nullo, essendovi un sequestro per cui è obbligato il debitore a conservare presso di se non solo una somma pari al credito per cui si è fatto il sequestro, ma tutto ciò che egli deve; dacchè se fattosi il pagamento, sopravvenissero altri sequestri, il primo sequestrante, concorrendo coi sopravvenuti, otterrebbe una parte della somma conservata, e quindi una porzione soltanto del suo credito; per cui soffrirebbe un danno non ostante la sua opposizione (articolo 1242 (1195)).

LXXXIX.—Essendo il pagamento la consegna o l'adempimento della cosa o del fatto che si deve, il creditore non può esser costretto a ricevere un oggetto diverso, valesse anche di più. Se il creditore consenta che si sostituisca una cosa ad un'altra, vi è novazione, ma ciò non può avvenire suo malgrado (art. 1243 (1196)).

Non si paga quanto si deve, non si fa un esatto pagamento, procurando in frazioni e in vari tempi ciò che si dovea dare in una sola volta, e quindi il creditore non potrà esser costretto a ricevere in parte il pagamento. Nondimeno i tribunali possono dar facoltà di ciò al debitore, ove lo stimino necessario e di nessun danno per il creditore. Ciò è certo, sebbene controverso; dacchè non è solo scritto nella legge, ma è stato anche proclamato nel modo più solenne dagli autori del Codice Napoleone. Della qual cosa non dovrebbe punto dubitarsi, quando il testo, che concede tal facoltà, si è adottato in questo tenore: « Pur nondimeno il giudice, avendo riguardo alla situazione del debitore, può accordare la divisione del pagamento ». Al qual provvedimento di umanità e d'ordine pubblico, con cui si vogliono proteggere i debitori sventurati e coscienziosi contro la durezza talvolta iniqua di un tristo creditore, non si potrebbe derogare con una speciale convenzione, onde i giudici potrebbero ordinarlo non ostante una contraria stipulazione, ove lo terranno realmente necessario. — Da ultimo, siccome tal disposizione di legge è assoluta, nè per alcun motivo legale e ragionevole vi si può introdurre alcuna distinzione, così, non ostante il sentimento degli scrittori, bisogna dire, facendo eco alla costante giurisprudenza, che tal facoltà può esercitarsi tanto per un debito stipulato con atto notarile che per qua-

lunque altro (art. 1244 (1197)).

XC. — Nessuno potendo rispondere di ciò che è divenuto impossibile non per sua colpa o fatto, ne conseguita che se la cosa determinata individualmente, che è l'oggetto di un'obbligazione, si deteriori senza colpa nè fatto del debitore, questi si sarà sdebitato rilasciando la cosa nello stato in cui si trova. Il semplice ritardo nella consegna diverrebbe una colpa, e farebbe risponsabile il debitore, se la cosa si fosse deteriorata, mentre non lo sarebbe stata presso del creditore (art. 1245 (1198)).

Allorchè la cosa dovuta è determinata non individualmente (si chiama allora corpo certo) ma nella sua specie, ovvero se si vuole nel suo genere, quella parte cui spetta (il debitore, se non vi è altra convenzione) deve sceglierne una di mezzana qualità: il creditore non può pretendere la migliore, nè il debitore dar la peggiore. Ma non sarebbe così, se si provasse che l'una parte può scegliere quella cosa che vorrebbe o in quella classe della specie o del genere, o anche in tutta la specie o in tutto il genere (art. 1246 (1199)).

XCI. — Il luogo in cui deve eseguirsi il pagamento si determina secondo le tre seguenti regole: 1° quello stabilito dalla convenzione, quando è stato convenuto espressamente o tacitamente; 2° se manchi la convenzione espressa o tacita, e il corpo è certo, il luogo della consegna, ove esso era al tempo della convenzione; 3° tranne questi due casi, il pagamento si fa in generale nel domicilio che avrebbe il debitore nel tempo del pagamento, e non in quell'altro che aveva nel dì della convenzione; Pothier, di cui è stata riprodotta la regola, spiegava che è nel luogo ove il debito doveva domandarsi. La domanda non può farsi che al domicilio presente del debitore (art. 1247 (1200)).

Le spese del pagamento, ossia tutte quelle che debbonsi fare per recare in effetto il pagamento e comprovarlo, sono naturalmente a peso del debitore (art. 1248 (1201)).

§ 2. — *Del pagamento con surrogazione.*

XCII. — Il pagamento con surrogazione è quello fatto da chi non era debitore, e che estinguendo il debito (che è lo effetto necessario ed immediato d'ogni pagamento, cotal che un debito pagato non può non essere estinto) ne lascia sussistere le garenzie accessorie, che son riportate sul novello credito che sorge per effetto della gestione di affari in vantaggio di colui che ha pagato. La surrogazione adunque è la sostituzione di una ad altra persona riguardo alle garenzie del credito, che era dell'una e fu pagato dall'altra. Sebbene la surrogazione possa solo aver luogo, per la natura stessa delle cose, per ciò che si paga da chi non doveva, pur si comprende che essendovi parecchi debitori d'una medesima obbligazione, ella può farsi in vantaggio di uno di loro; perchè se uno dei debitori paga per intero ciò a cui egli era tenuto per la sola sua parte, ciò che paga di più è pagato per un altro (art. 1236 (1189)).

La surrogazione può stabilirsi per convenzione o risultare di pieno dritto dalle disposizioni della legge.

XCIII. — *Surrogazione convenzionale.* La surrogazione convenzionale si può fare: 1° fra il creditore ed un terzo, anche senza il consenso del debitore; 2° fra il debitore ed un terzo, anche senza il consenso del creditore.

Due sole condizioni richiedonsi perchè sia valida la surrogazione consentita dal creditore. La prima è, che essa sia formalmente espressa nella convenzione, non importa in quali termini, non ammettendosi una tacita surrogazione. La seconda, che essa si faccia ad un tempo che il pagamento; dappoichè il pagamento che la precede, essendo puro e semplice, ha estinto le garenzie insieme col credito, e quindi non potrebbe più parlarsi di surrogazione, ossia di trasportar garenzie che più non

esistono. Se la surrogazione deve farsi al tempo del pagamento, ciò non toglie che ella sia *convenuta* prima; allora si recherà sempre in effetto col pagamento. — Il volere altre condizioni che queste, come la rimessa dei titoli del creditore al surrogato, o la notifica autentica della surrogazione al debitore, importerebbe scivolare nello arbitrio. Certo è prudente, che il surrogato cerchi i modi onde assicurare gli effetti della surrogazione rispetto ai terzi e al debitore; ma ciò non riguarda la validità della surrogazione, e poi il *surrogato* non è costretto di valersi dei mezzi qui indicati: bastando la data certa dell'atto di surrogazione, sebbene non si sieno rimessi *i titoli*, perchè egli sia garentito *dai sequestri* che potessero farsi contro il surrogante, o dalla vendita che questi potrebbe fare con mala fede del credito pagato; e il pagamento che il debitore del credito pagato con surrogazione, farebbe al creditore surrogante, non potrebbe opporsi *al surrogato*, quantunque il debitore avesse conosciuto la surrogazione per una semplice missiva, od anche per una dichiarazione verbale, che si proverebbero o con una scrittura del debitore, ovvero con la *sua confessione* (art. 1250 (1203)).

Secondo il già detto, un terzo non può mai costringere il creditore a surrogarlo. Può costringerlo a ricevere suo malgrado il pagamento; ma non già a ricevere un pagamento con surrogazione, la quale può *solo* aver luogo per convenzione, per mutuo consenso (art. 1236 (1189)).

XCIV. — Due sole condizioni richiedonsi pure per la surrogazione che fa il debitore: 1° che un atto innanzi notaro raccerti che il debitore prenda in prestito una somma per fare il pagamento; 2° che una quitlanza, fatta parimente innanzi notaio, indichi che il pagamento siesi realmente fatto *col* danaro tolto in prestito. Nessun' altra *condizione* è necessaria, nè la volontà di surrogare deve essere espressa, ben risultando dallo adempimento delle formalità richieste (art. 1250 (1203)).

XCV. — *Surrogazione legale*. Ha luogo: 1° in vantaggio di un creditore (che paga un altro creditore del medesimo debitore) che abbia sovra di lui una causa legale di preferenza; 2° in vantaggio di qualunque che abbia interesse di pagare un debito, essendovi tenuto con altri o per altri: come specialmente un debitore in solido che ha pagato più della sua parte nel debito cui era tenuto insieme con altri condebitori, e il possessore di un immobile ipotecato che paga il debito ipotecario di cui era tenuto per un altro; 3° infine in vantaggio dell'erede beneficiato che paga del suo i debiti ereditari.

XCVI. — *Effetti della surrogazione*. La surrogazione convenzionale o legale mette il surrogato, entro i limiti del credito, nel luogo del creditore pagato, cioè gli trasmette tutte le garenzie che appartenevano al creditore, come la fidejussione, intorno al trasporto della quale erano discordi i nostri antichi parlamenti. Pure, ove il creditore è pagato dal surrogato di una parte del debito, si fa una strana quanto iniqua eccezione; cioè il creditore per la parte del credito che gli rimane, non viene in concorrenza col surrogato, ma gli è preferito; cotalchè il surrogato rispetto al creditore, non può esercitare le garenzie che ebbe trasportate, e la sua surrogazione è come non avvenuta. Quindi se il creditore che è stato in parte pagato, e tanto è stato favorito, vende, dona o in altro modo trasferisce la sua porzione del credito, trasmette anche al novello acquirente il medesimo favore; ma se quella parte di credito gli si fosse pagata con surrogazione, il secondo surrogato che non può dire, come un cessionario, di avere il medesimo credito del primitivo creditore, non potrebbe godere della eccezione, e i due surrogati eserciterebbero in concorso le loro garenzie (art. 1252 (1209)).

La surrogazione, abbiamo detto, pone il surrogato nel luogo del creditore, di cui egli trasporta le garenzie, entro i limiti del suo novello credito. Quindi il surrogato, se è di quelli tenuti al debito, e che potevano essere costretti dal creditore, non avrà azione contro tutte le persone contro cui poteva rivolgersi il primitivo creditore.

Allorchè il creditore ha voluto ricevere il suo pagamento e dar quittanza per una somma minore dello intero debito (essendo certo che le parti vollero fare un semplice pagamento in estinzione del debito, e non già un trasporto del di cui buon prezzo dovrebbe vantaggiare il *cessionario*, detto impropriamente *surrogato)*, il surrogato che ha un credito minore del surrogante, potrà per lo ammontare del credito minore costringere il debitore, e far valere tutti i vantaggi che possono a lui derivare dalla surrogazione *(ibid.)*.

Il regresso del surrogato, se egli è di quelli tenuti al debito, o con altri o solo per altri, sembra doversi determinare con le due seguenti regole: — 1° Se il surrogato fosse tenuto con altri, essendo egli uno dei debitori, non potrà agire per la porzione che deve egli sostenere; per il resto, sebbene il debito fosse in solido e ipotecario, potrà solo costringere i condebitori per la rispettiva loro porzione (onde evitare un circolo di azioni); nè potrebbe procedere affatto contro quelli che vi fossero tenuti colla qualità di fidejussori o a modo di fidejussori, cioè per li debitori, non essendo essi debitori. — 2° Se il surrogato fosse tenuto solo per altri, non essendo egli stesso debitore, dovrà costringere gli obbligati, come lui, per la loro rispettiva parte (sempre onde evitare il circolo delle *azioni*); ma al pari dello stesso creditore primitivo, potrà agire contro i debitori (*ibid.*).

§ 3. — *Della imputazione dei pagamenti.*

XCVII. — Allorchè colui che ha diversi debiti dello stesso oggetto, fa un pagamento applicabile sì all'uno che all'altro, ma che non basta per tutti, egli può dichiarare su quale dei debiti vuol fare la imputazione (art. 1253 (1206)).

Non si hanno due debiti quando insieme si debbono una rendita o un capitale fruttifero e una certa somma per decorsi della rendita ovvero per interessi del capitale; il capitale e gli interessi sono realmente gli oggetti di una sola e medesima obbligazione. Quindi non può applicarsi la regola sopra stabilita; nè un debitore potrebbe, senza il consenso del creditore, imputare il pagamento sul capitale, prima che sugli interessi o su i decorsi: a quest'ultimi si applicherà sempre il pagamento ove le parti nulla dicano, quand'anche il debitore faccia un pagamento che non basti a soddisfare tutti gl'interessi del capitale e faccia menzionare nella quittanza che il pagamento si fa *per capitale ed interessi*: ciò non toglierebbe che s'imputasse sul capitale quel tanto che avanza, estinti gli interessi o i decorsi (art. 1254 (1207)).

Se per un pagamento che ecceda gl'interessi o i decorsi, la quitanza nulla dicesse, si direbbe forse che il sopravanzo di ciò che era dovuto per gl'interessi debba imputarsi sul capitale, ovvero riguardarsi come una somma indebitamente pagata, e che può ripetersi? È questa una quistione d'intenzione che tanto per le rendite che pei capitali sarà decisa secondo le circostanze del fatto: se si prova che *il debitore* ha fatto un pagamento maggiore *per* semplice errore, e volendo pagare solo gli interessi, il pagamento è indebito e può ripetersi tanto per un capitale che per una rendita; se invece le parti han voluto estinguere una parte del capitale, non si potrà ripetere nè per i capitali nè per le rendite (*ibid.*).

Se gl'interessi non son prodotti da un capitale e non formano quindi l'oggetto di una sola e medesima obbligazione con esso, ma sono interessi moratori, cioè di una somma dovuta in occasione d'una obbligazione che non produce interessi, come il ristoro del ritardo cagionato nello adempire una obbligazione, essendo allora gli interessi distinti dal capitale, avrebbe forza la regola generale, e il debitore potrebbe dichiarare quale dei debiti intenda soddisfare.

XCVIII. — La imputazione, ove non sia fatta dal debitore, può farsi dal creditore

nella quitanza, purchè vi sia lealtà per parte di lui; potrebbe farsi annullare dal debitore se fosse provenuta da dolo o anche da semplice sorpresa (art. 1255 (1208)).

L'imputazione non fatta dal debitore nè dal creditore è determinata dalla legge secondo le seguenti regole:

Essendovi due debiti ed un solo scaduto, il pagamento s'imputerà sopra questo ultimo; — se i debiti sono tutti scaduti ovvero nessuno, s'imputa sul più oneroso; — se i vari debiti son parimente onerosi e scaduti, sul più antico; se i debiti non sono per anco scaduti, su quello che è più prossimo a scadere; — essendo tutti eguali s'imputerebbe su tutti in proporzione (art. 1256 (1209)).

§ 4. — *Del pagamento fatto senza il consenso del creditore.*

XCIX. — Se un creditore ingiustamente *si nega* a ricevere il pagamento, potrà il debitore, malgrado di lui, liberarsi con dei mezzi diversi, secondochè il debito sia di una *somma* determinata, o di un corpo *certo*, o di una cosa indeterminata.

Però bisogna che il pagamento sia fatto secondo le regole e validamente, ossia: 1° che l' offerta sia fatta al creditore capace o a chi ha mandato di ricevere per lui; 2° che sia fatta da chi può pagare; 3° che abbracci l'intiera cosa dovuta; 4° e 5° che non si faccia pria di spirare il termine posto a vantaggio del creditore, nè pria di adempiersi la condizione per cui il debito ha luogo (art. 1158 (1111)).

C. — *Pei* debiti di somme determinate il *debitore* deve, caso il creditore rifiuti, far le offerte reali, e depositare poi la somma (art. 1257 (1210)).

Si dicono *reali* le offerte che si fanno col dare di presente ed effettivamente la somma; perchè esse sieno valide, oltre le cinque riferite condizioni, ci vuole; — 6° che si facciano nel luogo stabilito per il pagamento, ovvero, dove taccia la convenzione, alla persona, o al domicilio reale o convenzionale del creditore; 7° che si facciano da un ufficiale ministeriale che abbia qualità *di* rendere autentici gli atti stragiudiziali, *cioè* da un notaro o da un usciere; 8° *infine*, che il processo verbale redatto da questo ufficiale indichi il numero e il valore delle specie offerte, la risposta del creditore, e faccia menzione se questi abbia sottoscritto o negato di farlo, o dichiarato di non potere (*ibid.*).

Il creditore che accetta le offerte reali è stato pagato nè più nè meno che se lo fosse stato alla buona. Se egli si neghi, il debitore, onde liberarsi, dovrà farlo citare perchè si presenti nel giorno e nell'ora indicata, e nel luogo del deposito, e riceva la somma offerta, se lo vuole, o la veda depositare, se insista nel rifiuto. Se non si presenta, o se nuovamente si rifiuta, dovrà il debitore spogliarsi di tutte le somme offerte, e degli interessi corsi dal giorno delle offerte, depositando ogni cosa nella cassa dei depositi, a cui presiede, in Parigi, un cassiere speciale; in ogni capo luogo di dipartimento, il ricevitore generale; e in ogni capo luogo di circondario, un ricevitore particolare. Infine un processo verbale, steso similmente da un notaro o da un usciere, deve indicare la natura delle specie, far menzione della non comparsa del creditore, o del suo nuovo rifiuto e del seguito deposito, e nel solo caso di non comparsa s' intimerà al creditore una copia del processo verbale (articolo 1257, 1259 (1210, 1212)).

In tal modo offerta e depositata la somma, si stimerà pagata rispetto al debitore, il quale è liberato a condizione che il deposito poi sarà accettato dal debitore, o dichiarato valido da un giudicato; senza di che il debitore può ritirarsi la somma e quindi far continuare sempre il suo debito. Per lo incontro, l'accettazione o la cosa giudicata fanno estinguere del tutto il debito; quindi il debitore potrà, solo ove il creditore lo consenta, riprender la somma, per cui sorgerebbe un nuovo debito, senza le fidejussioni, ipoteche, o altre garenzie del primo credito che si troverebbero e-

stinte (*ibid.* , ed art. 1261-1263 (1214-1216)).

Le spese dell'offerta e del deposito validamente fatte, saranno a carico del creditore che le ha lasciato fare, se il creditore, rifiutata l'offerta reale, l'accetta poi non facendo eseguire il deposito, le spese fatte saranno sempre a di lui carico. Ma se l'accetta appena gli è fatta , non sarà tenuto alle spese, tranne non abbia rifiutato altre precedenti offerte amichevoli; di cui la realtà ed il rifiuto si dovranno provare dal debitore, poichè, secondo diremo nel capitolo *delle Pruove*, chi allega deve pruovare; se poi le offerte provate o confessate, sono state rifiutate dal creditore come invalide, toccherà a lui far la pruova che sieno tali (art. 1260 (1213)).

CI. — Se il debito è di un corpo certo, non è mai necessaria l'offerta reale nè il deposito ; ma fa mestieri distinguere se spetta al creditore ritirarsi l'oggetto, ovvero al debitore recarlo da lui.

Nel primo caso il debitore, trasportato che abbia nel luogo della consegna l'oggetto della sua obbligazione, citerà il creditore perchè lo venga a prendere. La citazione intimata alla persona del creditore, o al suo domicilio reale o elettivo equivale nè più nè meno che alle offerte reali e al deposito; il debito immediatamente si estingue purchè di poi il creditore l'accetti, ovvero una sentenza dichiari valida la citazione. Se il debitore volesse sgombrato il luogo che occupa l'oggetto della obbligazione, potrebbe essere abilitato dal tribunale a depositarlo in altro luogo , che verrà destinato. Le spese della citazione, e del deposito se occorre, saranno a carico del creditore quando sarà provato che egli si fosse indebitamente negato di ritirarsi l'oggetto (articolo 1264 (1217)).

Se il debitore è obbligato di recar la cosa al creditore, egli può senz'altro, ove quegli si nega a riceverla, depositarla immediatamente in un luogo per quanto più vicino si possa, e citar poi il creditore perchè la venga a prendere. Il debitore vien liberato con tal citazione, purchè sempre segua l'accettazione del creditore , ovvero una sentenza dichiari valido ciò che *si è* fatto. Anche in tal caso tutte le spese saranno a carico del creditore che avrà rifiutato (*ibid.*).

CII. — Quanto ai debiti di cose indeterminate, si seguiranno tutte le regole già indicate pei debiti di corpi certi, per questa ragione fra le altre , che la scelta fatta dal debitore della cosa e la indicazione individuale che ne dovrà fare al creditore nella citazione, faranno di essa un corpo certo.

Se la scelta e quindi la determinazione della cosa indeterminata spettasse al creditore, la bisogna andrebbe necessariamente diversa. Il debitore appena il creditore rifiuti, dovrà citarlo perchè venga a scegliere e a ritirarsi l' oggetto; e ov'egli si neghi di nuovo, potrà ottenere che una sentenza ordini che, caso il creditore in un termine posto non faccia la scelta, questa si farà dalla tal persona, e la cosa scelta si depositerà nel tal luogo (*Aggiunzione* all'articolo 1264 (1217)).

SEZIONE II.

DELLA NOVAZIONE.

CIII. — La novazione è il mutamento di una obbligazione in un'altra, la sostituzione d'una obbligazione nuova ad una antica che si estingue e sostituisce con la seconda. Essa può avvenire in tre modi: 1° col cambiarsi soltanto la obbligazione (rimanendo i medesimi il debitore e il creditore) ; 2° col mutarsi il debitore; 3° col mutarsi il creditore.

Coteste tre cause, delle quali una sola può recare in effetto la novazione dell'obbligazione , possono anche concorrere insieme, e se parecchie cause possono concorrere per estinguere un solo debito, viceversa, più debiti possono ad un tempo essere estinti con una sola causa (articolo 1271 (1225)).

Se la novazione avviene per il mutamento di debitore, evvi delegazione, se dallo antico ne è stato surrogato un altro (articolo 1275 (1229)). Se al contrario il novello è venuto a surrogarsi all'antico, senza il di costui consenso, evvi, come si dice, espromissione (art. 1274 (1228)).

CIV. — È ben difficile il conoscere se una convenzione abbia operato la novazione, la quale se di leggieri si ammettesse, spesso si darebbe alle parti una intenzione che non hanno avuto. Così si potrebbe riconoscere una novazione per mutamento di *debito*, quando le parti han voluto solo modificarlo e non sostituirgliene un altro; una novazione per mutamento di debitore, quando si è *voluto* aggiungere al primo un *secondo debitore* ovvero un fidejussore; una novazione per mutamento di creditore, quando si è voluto cedere il credito. Ma dall'altra parte, siccome cosa grave è la novazione, e non dee ritenersi con leggerezza che un creditore abbia voluto scemare i suoi dritti, la legge, onde prevenire le conseguenze della interpetrazione sovrana che di ordinario spetta ai giudici del fatto nelle quistioni d'intenzione, nega positivamente di riconoscerla, quando può essere *dubbia* e non evidente la volontà di recarla ad *effetto*. Anzi non permette che essendovi delegazione (caso in cui è più a temersi l'errore) si riconosca la novazione quando non ne è espressa la volontà; negli altri casi basta che la volontà sorga chiaramente dalle circostanze (art. 1273, 1275 (1227, 1229)).

Cotesti principî la giurisprudenza ha specialmente applicato al venditore, che riceve biglietti dal suo compratore, come prezzo della vendita, ed è stato a buon dritto deciso che la quitanza data, anche senza *riserba*, dal venditore, non basta a mostrare che il creditore abbia voluto estinguere, ove non si paghino i biglietti, il suo credito privilegiato; e sono state casse talune decisioni che aveano altrimenti giudicato, per avere contravvenuto alla legge (art. 1273 (1227)).

CV. — Essendo la novazione la sostituzione di uno ad altro debito, è necessario, perchè ella si compia, che esistano due obbligazioni, quella che deve estinguersi coll'altra che si sostituisce, e quella che deve sostituirsi ed estinguere la prima. Se la prima non avesse esistenza legale, non esisterebbe nemmeno l'altra che si consentisse per sostituir quella, e la novazione apparente sarebbe come non avvenuta; se la seconda giuridicamente esistesse, la prima che si sarebbe estinta per la sostituzione dell'altra, esisterebbe sempre, e non vi sarebbe stata quindi novazione.

Se due obbligazioni son necessarie, non si richiede che abbiano una esistenza perfetta e irrevocabile. — Così, quando può annullarsi una o ciascuna delle obbligazioni, esiste certamente la novazione (salvo che poi si annulli), dacchè la obbligazione che può annullarsi, produce gli effetti ordinarî finchè sussiste. — La novazione si compirebbe del pari ed anche irrevocabilmente, sebbene una delle obbligazioni fosse puramente naturale, dacchè l'obbligazione naturale, essendosi come tale manifestata, si ha per efficace come la obbligazione civile, o meglio diventa debito civile, per il suo stesso manifestarsi. — Da ultimo, sebbene la obbligazione condizionale non è mai esistita quando non si è compiuta la condizione sospensiva, ovvero si è compiuta la risolutiva, tale obbligazione basta per la novazione; nè solo per una che è condizionale e che dovrebbe perfezionarsi quando l'obbligazione divenisse perfetta, ma anche, se così han voluto le parti, per una novazione assoluta pura e semplice, e immediatamente perfetta. La nostra legge, rigettato il rigorismo romano, segue le regole dell'equità e rispetta le volontà dei contraenti ove non riguardino cose illecite, quindi si può rompere un legame, anche imperfetto e condizionale, sostituendone altro puro e semplice, o viceversa; p. e. si può sostituire assolutamente con un debito puro e semplice di 200 fr., uno condizionale di 500, ovvero viceversa (articolo 1272 (1226)).

CVI. — Adunque deve prudentemente intendersi il principio certo ed incontra-

stabile, che due obbligazioni siano necessarie; aggiungeremo qualche sviluppo.

Se una delle due obbligazioni è radicalmente nulla (come se fosse contraria ai buoni costumi), qualunque novazione è impossibile.

Ma se una delle obbligazioni può soltanto annullarsi o per incapacità o per violenza, errore o dolo, la novazione sussiste, finchè quella non sia stata annullata; se lo sarà, l'obbligazione non sarà mai esistita, la novazione è quindi pur nulla , e come non avvenuta (salvo ciò che diremo qui sotto). Ma è importante osservare, che ove possa annullarsi l'antico debito, la novazione medesima spesso coprirà il vizio, per modo che non potendo più annullarsi l'antica obbligazione, la novazione sarebbe immediatamente irrevocabile. Difatti, se con piena conoscenza del vizio, il debitore si è liberato della sua obbligazione sostituendone un'altra, egli ha perciò rinunziato alla sua azione di nullità ; se invece ha consentito la novazione , ignorando la causa dello annullamento , egli può sempre domandarlo, e pronunziato che è, verrà meno la novazione.

Se il debito che può essere annullato è stato novato, non dal debitore stesso ma da un terzo, il debitore potrà sempre ottenerne lo annullamento; ma non ne seguirebbe la nullità della novazione. Se il terzo ha voluto obbligarsi per il caso (e forse anche *specialmente*) in cui si annullerebbe il debito, gli è che questo costituisce una obbligazione naturale che egli ha voluto come tale novare, e la novazione dev'essere efficace, come lo sarebbe quando si fosse novato una obbligazione condizionale, appunto come tale, e non solo in quanto diverrebbe perfetta; ma se il terzo ignorasse il vizio dell'obbligazione, ovvero se, conoscendolo, non sia certo che egli abbia voluto obbligarsi anche per il caso in cui si annullerebbe , la novazione è come non avvenuta.

Un' altra osservazione vuolsi fare per il caso in cui l'antico debito fosse annullato nel mentre si fa la novazione. Allora quando la novazione è stata fatta dallo stesso debitore, questi si è riconosciuto legato in coscienza, ed evvi validissima novazione di una obbligazione naturale. Se la novazione è stata fatta da un terzo, si deciderà necessariamente il medesimo, se questi conoscesse che si fosse pronunziato l'annullamento; se l'ignorasse, rientrerebbe la distinzione del precedente paragrafo , e la novazione sarà nulla o valida, secondo che il terzo avrà voluto o no obbligarsi anche per il caso dello annullamento.

Del resto, quando fra le parti è controverso se il debitore ha conosciuto il vizio del suo debito, ovvero se il terzo ha voluto anche obbligarsi per il caso dell'annullamento, deve il creditore far la pruova del fatto negato dall'avversario (art. 1272 (1226)).

CVII.—Da ciò che più sopra dicemmo sorge, per quanto riguarda la influenza delle condizioni, che la novazione, come qualunque altro contratto; può farsi puramente o con condizione, e che si può recare in effetto (non importa se sia pura e semplice, ovvero condizionale) sostituendo l'una all'altra, ovvero due obbligazioni pure e semplici, o una obbligazione pura e semplice ed una condizionale, ovvero due condizionali. Qualunque sieno le combinazioni che potranno intorno a ciò farsi, la convenzione delle parti dovrà sempre regolarsi secondo i principî generali.

La maggior difficoltà qui , come sempre , sorgerebbe dal non essere espressa la volontà, o dalla ambiguità dei termini, ma la sarebbe una quistione d' intenzione da decidersi secondo le circostanze. Così quando le parti han dichiarato di sostituire ad una obbligazione pura e semplice una novella obbligazione con la tal condizione, senza spiegare se questa debba riguardare il novello debito , ovvero il contratto di novazione, la volontà dei contraenti si riconoscerà dalle circostanze, la più importante delle quali sarebbe il valore comparativo degli oggetti delle due obbligazioni (art. 1272 (1226)).

CVIII. — Sebbene effetto naturale della novazione sia che si annulli l'obbligazione e di conseguenza tutti i suoi accessori,

pure una benigna eccezione fa che si trasportino sulla novella obbligazione i privilegi o le ipoteche che proteggevano la precedente; quindi un credito recentissimo potrà essere garentito da una antica ipoteca anteriore ad altre che pur precedono il credito. Ma cotal trasporto non può farsi che insieme colla novazione, dacchè se così non fosse, le ipoteche si estinguerebbero insieme col debito, e poi non si potrebbero più trasportare, ma solo costituirsene altre. Perchè il trasporto si compia, ci vuole il consenso, almeno tacito, del proprietario dei beni ipotecati; la qual regola è sì rigorosa che consentitasi la novazione da un debitore in solido, non si potrebbero trasportare sul novello credito le ipoteche sopra i beni dei condebitori che non ebbero parte nella convenzione (art. 1278-1280 (1232-1234)).

Certamente, non si potrebbe mai con alcuna convenzione imporre sopra i beni di un debitore novello una ipoteca del medesimo grado di quella che esisteva sopra i beni dell'antico; per una benigna eccezione si conserva allo stesso grado un'antica ipoteca per un debito nuovo; ma non potrebbe darsi un grado antico ad una nuova *ipoteca*. *Dovendosi conservare* e non *costituire una ipoteca*, è sufficiente il consenso tacito del proprietario; ma dovrà essere formalmente espresso in un atto autentico, se si voglia costituirne una nuova (*ibid.*).

CIX. — Il consenso del proprietario per conservarsi l'antica ipoteca, del pari che quello per costituirsene una nuova, potrebbe essere una condizione apposta alla novazione. Siccome può farsi la novazione soggetta alla condizione se ritorna quel bastimento, così il creditore può dichiarare di consentire la novazione allorchè il tale e il tale fossero partecipi della novella obbligazione, o come condebitori in solido, o come fidejussori, ovvero se il tale ipotecherà i suoi beni; ovvero purchè il precedente debitore consenta si conservino le ipoteche che proteggevano l'antico debito. In cotesti vari casi, come in tutti, ove sia apposta una condizione, sarà o no efficace la novazione, avverandosi o no il fatto previsto (art. 1281 (1235)).

Un'ultima osservazione. — Se insolvente è il novello debitore che in luogo dell'antico è accettato dal creditore, la obbligazione esiste sempre, e però la novazione è perfetta, fosse anche compita per delegazione, ossia se l'antico debitore ne avesse surrogato un altro in sua vece. Ma se in tal caso, il novello debitore fosse fallito o decotto al tempo della novazione, il creditore non potrebbe sperimentare lo antico credito già estinto, ma pretendere che il debitore lo ristori del danno sofferto; il qual regresso contro il delegante potrebbe anche essere stipulato dalle parti (art. 1276 (1230)).

SEZIONE III.

DELLA REMISSIONE DEL DEBITO.

CX. — Sebbene in un senso lato il creditore *rimette il debito* quando libera del tutto *il suo* debitore (come lo può col pagamento e con la novazione) pure *rimette* propriamente estinguendo il debito colla rinunzia del suo credito, con l'abbandono del suo dritto, per modo che il debito estinguesi immediatamente colla semplice volontà del creditore (1).

Un debito si può rimettere con o senza convenzione; con un atto consentito dal creditore e dal debitore, ovvero con un testamento, ovvero con un assoluto abbandono che è la rinunzia del creditore al

(1) Nella novazione, per esempio, la causa immediata della estinzione è il fatto della sostituzione dei crediti; la volontà n'è il principio mediato. Da questa si ingenera la novazione dei debiti; da quest'ultima la estinzione dell'antico debito.

proprio dritto, non già nello interesse speciale del debitore, ma solo nello intendimento di spogliarsi del credito. Nel quale ultimo caso il debito si estinguerebbe senza o non ostante il volere del debitore.

Si rimette a titolo oneroso ovvero a titolo gratuito secondo il creditore riceva o no in cambio della rinunzia un qualche vantaggio. Così è a titolo oneroso se fatta con una transazione , ovvero è correlativa ad una rimessa reciprocamente consentita dall'altra parte (*Osservazioni preliminari* dell'art. 1282 (1236)).

CXI. — La remissione è espressa o tacita. Quella tacita , specialmente se gratuita, non deve facilmente presumersi, ma deve sorgere chiaramente dalle circostanze (art. 1286 (1240)),

Però in un caso si presume di pieno dritto, cioè quando il creditore rimette volontariamente al debitore il titolo dell'obbligazione, purchè ciò non avvenga per effetto del pagamento. Nel dubbio, il creditore dovrà provare che non ha volontariamente rilasciato il titolo, o che non lo ha rilasciato per effetto del pagamento ; dal possesso del titolo ben si presume, fino a che non si provi il contrario, che sia stato piuttosto restituito, anzichè perduto o involato , e che lo sia stato per cagion del pagamento anzichè per una remissione.— Contro tal presunzione di remissione (e quindi di estinzione del debito, e di liberazione del debitore) che risulta di pieno dritto dalla consegna del titolo che dal creditore si prova (ovvero dal debitore si confessa) non essere avvenuta per effetto del pagamento , non si ammette pruova contraria, se si è consegnato il titolo originale; ma può ammettersi, ove si sia consegnata la spedizione di un atto autentico di cui resti la minuta (art. 1282 , 1283 (1236, 1237)).

Da ultimo, la rimessione , essendo più i coobbligati, è reale o personale , se riguardi il debito, e quindi liberi tutti i debitori, ovvero riguardi puramente uno degli obbligati, e liberi lui solo (art. 1284, 1287, a. IX (1238, 1241)).

CXII. — La rimessione, qualunque essa sia, si compie sempre colle condizioni generali richieste per l' atto che l' ha prodotte.

Così, non essendovi rinunzia assoluta , pura e semplice, la remissione avviene allorchè il creditore ha accettato la rinunzia fatta dal creditore a di lui profitto. — Se la convenzione che racchiude una remissione , è una transazione , non debbonsi solo compire le regole sulle convenzioni ordinarie, bisogna pure che le parti sieno capaci di transigere. — Se la remissione è gratuita, è necessario che le parti sieno capaci di donare e ricevere, *seguendo le* regole della riduzione e della collazione: non saranno necessarie le *regole* intorno alle forme delle donazioni , non essendo questa una donazione propriamente detta (*Osservazioni preliminari*).

CXIII. — La remissione , comunque si adempia, estingue naturalmente l'obbligazione e i suoi accessori. Ma se ciò non dà luogo a dubbio, essendovi un sol debitore, non sarà così se parecchi sieno coobbligati al debito; e dovransi allora far molte distinzioni per conoscere se sia reale o personale la rimessione, e quali le conseguenze che genera.

La remissione espressa , accordata ad un condebitore solidale, s' applica all' intiero debito, e libera pienamente tutti i debitori, tranne non si faccia una restrizione formale. Se essa riguarda solo la parte del condebitore, il debito si estingue solo per questa, liberandone gli altri debitori; caso che uno di loro sia insolvente, essa li disonera pure della porzione che il primo avrebbe dovuto perciò sostenere.

Il creditore può anche manifestare di voler liberare il condebitore della solidarietà; così si conserverebbe l'obbligazione contro costui per la sua porzione, e contro gli altri per l'intero. — La rimessione tacita fatta ad un condebitore *in solido*, libera anche pienamente gli altri, se sorge dalla consegna volontaria del titolo. *Negli* altri casi si vedrà dalle circostanze che cosa vollero le parti rimettere (art. 1285 (1239)).

CXIV. — Se il debito è protetto da fidejussori, costoro sarebbero liberati dalla

rimessione, espressa o tacita, fatta al debitore principale. La rimessione all' unico fidejussore, o a tutti, non libera certamente il debitore; estingue bensì la fidejussione, ma non riguarda punto il debito, come lo abbandono d'un ipoteca, di un pegno o di altra garenzia. — La rimessione fatta ad uno dei fidejussori, come tale, libera gli altri, scemando la fidejussione sì della parte del primo, che della porzione che egli avrebbe dovuto sostenere, ove alcuno degli altri sarebbe insolvente. — La rimessione di uno dei fidejussori non avrà effetto per gli *altri*, se quegli si sia obbligato con un atto posteriore, sicchè gli altri non potevan fare *alcuno* assegnamento su di lui. Del *resto*, semprechè la rimessione è con*sentita per* un prezzo, essa è reale, o per meglio dire, costituisce di pieno dritto un pagamento fino alla concorrenza della somma ricevuta dal creditore. — Così, si fosse anche dichiarato di volersi liberato solo il fidejussore, e la somma da costui data essere il prezzo dei rischi da cui si toglie, questa somma s' imputerebbe sempre sul debito, liberando così tutti gli obbligati (articoli 1287 e 1288 (1241 e 1242)).

CXV. — Se i varî obbligati, ad uno dei *quali si fa* la rimessione, sono tutti debitori *solidali* rispetto al creditore, mentre sono debitori principali e fideiussori fra di loro, bisogna conoscere se l'obbligato sia stato discaricato come debitore in solido, ovvero come debitore principale o fidejussore, poichè, secondo i casi, sarebbe diverso lo effetto della rimessione.

La è questa una quistione di intenzione che si deciderebbe secondo le circostanze ove mancasse una esplicita dichiarazione. Così non vi sarebbe dubbio se la rimessione fatta *per la porzione* dell' obbligato riguardasse solo quel condebitore solidale che sarebbe il solo debitore reale (essendo gli altri suoi fidejussori):la rimessione gli si farebbe come a condebitore solidale per la sua porzione virile ed apparente, poichè solo in tal qualità egli ha una *porzione*. Nel dubbio si dirà che l'obbligato è stato disonerato come condebitore in solido, poichè in faccia al creditore che fa la rimessione è quella la sua qualità, e sarà debitore principale o fidejussore, rispetto agli altri coobbligati (art. 1285 (1239); n. IV).

Inoltre, quante volte la rimessione ad uno dei varî obbligati, li ha tutti liberato, il primo, secondochè la sua rimessione è stata a titolo oneroso o a titolo gratuito, potrà o pur no rivolgersi contro i suoi coobbligati.—Infatti, il coobbligato che a prezzo di sacrifici, ha comprato la liberazione di se e dei suoi consorti, sarà stato per questi gestore di affari, per cui essi son tenuti a rindennizzarlo; ma se la rimessione è stata semplicemente gratuita, non vi potrà essere più ristoro che è la riparazione di un danno sofferto... Senza dubbio, il creditore d'una obbligazione, a cui più persone son tenute, potrebbe conferire a titolo gratuito ad uno di essi il suo credito, in modo che questi possa farsi pagare dai suoi coobbligati, ma per ciò bisogna che il credito sia *trasferito*, non già *estinto* : sarebbe quella una donazione, una *cessione* del credito (che esisterà necessariamente, tranne la parte estinta per la confusione) e non già una *rimessione* (art. 1286, 1287 (1240, 1241), n. VIII).

SEZIONE IV.

DELLA COMPENSAZIONE.

CXVI.—La compensazione è la estinzione ad un medesimo tempo delle obbligazioni di cui due persone sono reciprocamente debitrici, e che l'una e l' altra si estinguono reciprocamente. È un pagamento fittizio autorizzato dalla legge, od operantesi di pieno dritto, perchè non sien costrette le parti di consegnar con una mano ciò che dovranno coll'altra ricevere.

In fatti si distingue la compensazione *legale* che si adempie di pieno dritto, anche ad insaputa dei due debitori, ove con-

corrano le condizioni richieste: e la compensazione *facultativa*, che mancando alcuna delle condizioni si effettua a richiesta di una delle parti, che ha la *facoltà* di farla o di non farla.

CXVII.—Le condizioni perchè la compensazione si compia di pieno dritto, sono quattro:

1° È necessario che le due parti sieno realmente debitrici l'una dell'altra.—Così non si compenserebbe il mio debito con quello che voi avete verso la eredità accettata da me col beneficio dell'inventario, poichè per siffatta accettazione che distingue il mio dal patrimonio ereditario, non sono io il creditore, ma la eredità.—Parimente, non si compensa il vostro debito verso di Pietro, col debito di costui verso quel tale che voi avete mallevato in faccia a lui; *ab initio* il fidejussore non era propriamente debitore, e solo lo diviene quando il creditore lo costringe dopo discussi i beni, o provata l'insolventezza del debitore principale. In tal caso sarà direttamente debitore, e si darà luogo a compensazione, concorrendo le altre condizioni (1).—Così pure, essendo il debito solidale quello in cui l'intero è dovuto non da ciascuno dei condebitori, ma da quello contro cui il creditore vuol rivolgersi, conseguita che l'intero dovuto al creditore si compenserebbe col debito di quest'ultimo verso il condebitore contro cui agisce, ma non con il suo debito verso il condebitore contro cui non si rivolge. Qui parliamo della compensazione dell'intero debito; dappoichè, siccome ciascuno dei coobbligati, innanzi di diventar debitore dello intero per la domanda del creditore, trovasi *ab initio* debitore della sua porzione nel debito, la compensazione di ciò che gli deve il creditore, si compie per la sua parte prima della domanda del creditore, il quale non può quindi agire contro gli altri che dedotta la parte del condebitore.—Se i varî coobbligati fossero ad un tempo debitore principale e fideiussore nei loro rapporti, ma condebitori in solido rispetto al creditore, sarebbero governati dalle regole già indicate per il debito in solido e non già dalle altre che regolano il caso della fidejussione, poichè la compensazione si compie dall'obbligato al creditore, e non dall'obbligato al suo coobbligato (art. 1289, 1290 e 1294 (1243, 1244, 1248)).

2. La seconda condizione per la compensazione legale è, che gli oggetti dei due debiti sieno perfettamente fungibili fra loro, cotalchè ciascuno dei due debitori abbia potuto fare il pagamento della cosa dovuta da lui col rilascio (che avrebbe potuto fare subito dopo avere ricevuto) di quella a lui dovuta. — Così non potrebbe compensarsi un ettare di terreno che io vi debbo in quella contrada, con quello voi mi dovete, in una comune di quella contrada; io posso pagarvi consegnandovi ciò che mi darete, ma voi non potete fare il medesimo con me; io posso pagarvi con un ettare di un comune diverso da quello in cui voi siete tenuto darmi l'altro ettare. Dunque i due oggetti non sono vicendevolmente fungibili.—Non potrebbero nemmeno compensarsi i debiti, se uno di essi fosse alternativo, non conoscendosi in tale obbligazione qual sia la cosa dovuta; bensì lo potrebbero quando fatta la scelta l'obbligazione è diventata pura e semplice. Se il debito fosse soltanto facoltativo, dovrà farsi la compensazione ove il debitore nel termine posto non usi nè dichiari di voler usare della facoltà di consegnare un oggetto diverso da quello dell'obbligazione (art. 1291, 1292 (1245, 1246)).

Cotesta regola, di cui trattiamo, naturalmente va applicata ai debiti di somme determinate, che sono le cose più fungibili (2); ai quali debiti sono pareggiati

(1) Operatosi in tal modo la compensazione tra il creditore e il fidejussore, divenuto debitore diretto, si annullerà il debito, e il debitore principale sarà liberato rispetto al creditore; che se la compensazione si compie direttamente fra il creditore e il debitore principale, rimarrà pure liberato il fidejussore, poichè estinguendosi il debito, si estinguerà l'accessorio.

(2) Tranne il caso rarissimo in cui fossero dovute delle monete, non come valore ordinario che può esser pagato con altre monete, ma come corpi certi da doversi rilasciare *in ipso individuo*.

quelle delle derrate il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati; qualunque di siffatta derrata, ritenendosi come danaro, si compenserà o con somme o con altre simiglianti derrate. La regola si applicherà specialmente ove un possessore di frutti debba restituire i frutti; egli che secondo una regola di procedura, è tenuto ai frutti stessi dell'ultima annata, e al loro valore per le annate precedenti, compenserà, se ha un credito di una somma sufficiente contro il vero proprietario, non solo la somma dovuta per l'ultima annata, ma *anche i* frutti delle annate precedenti purchè il loro valore sia regolato dai pubblici mercati. *In un caso* le derrate il cui valore è *regolato* dai pubblici mercati, non *si compenserebbe* con somme o con altre derrate, ed è quando i due debiti scaturissero da uno stesso contratto (una vendita o una permuta) che dovrebbe ottenere a ciascuna parte l'oggetto dovuto in cambio dell'altro che deve; la compensazione annullerebbe la formale convenzione delle parti (*ibid.*).

3. È necessario inoltre che i due debiti sieno liquidi, cioè che sieno certi e *determinati*: *Cum certum sit an et quantum debeatur*.—Non vi sarebbe compensazione se uno dei debiti fosse contrastato (ma seriamente), ovvero se fosse soggetto ad una condizione, ovvero se il valore dipendesse da una stima o da un conto (*ibid.*).

4. Infine ognuno dei debiti deve di presente potersi riscuotere, cioè esser tale che il creditore possa subito e efficacemente farsi pagare dal debitore.—Non si compenserebbe un debito a termine (1), che non può di presente pagarsi; nè il capitale di una rendita, dacchè il debitore non può essere costretto al rimborso; nè un debito che *si può* annullare, o prescrivere, sebbene non si sia opposta la prescrizione, o non si sia fatto annullare, dacchè il debito sta soggetto ad una eccezione perentoria, per cui il debitore non può suo malgrado pagare; nè un debito il cui oggetto è sequestrato presso il debitore, dacchè il sequestro è un impedimento legale al pagamento. — Il dritto di riscuotere un debito che era a termine derivante dalla decozione del debitore, o dallo aver lui menomate le cautele del credito, fa che possa compensarsi il debito dal giorno in cui si dichiara decorso il termine.

Il medesimo dritto che risulta dal fallimento, è d'un genere speciale e non dà luogo a compenso; così è formalmente dichiarato dalla legge di commercio *(ibid.)*.

CXVIII. — Oltre le quattro indicate, non si richiede altra condizione per la compensazione legale. Sarà indifferente se diverse le cause, se ineguale lo ammontare dei due debiti: il minore si estinguerà coll'intiero, il maggiore sino alla concorrenza del primo. Nè tampoco importerebbe, se sieno diversi i luoghi in cui dovrebbero i due debiti pagarsi; però (in caso di pagamento reale) la parte che ha pagato maggiori spese, per la rimessa, potrà ripetere dall'altra la differenza che in di lei vantaggio esiste nel corso del cambio (art. 1290, 1293 e 1296 (1244, 1247 e 1250)).

Nondimeno vi hanno quattro eccezioni al principio.

Non si farà compensazione legale:

1° Quando per una delle obbligazioni si deve restituire una cosa di cui illegalmente si era tolto il possesso al proprietario: quella allora si dovrà restituire, non ostante vi concorrano le condizioni richieste per la compensazione. — 2° Se si deve restituire una cosa che si fosse depositata, facultando il depositario a restituirne una simigliante (2).—3° Se le cose dovute sono insequestrabili. — 4° Infine, se si fosse an-

(1) Si potrebbe compensare un debito a termine, se questo si fosse accordato dal magistrato senza alcun diritto del debitore e perchè egli era nella *impossibilità* di pagar subito, poichè senza un pagamento reale il debitore si potrebbe liberare.

(2) Un deposito regolare ed ordinario d'una cosa, che deve restituirsi identica, non è compreso nella regola, e quindi è escluso dalla eccezione. Infatti in tal caso, qualunque sia l'oggetto (anche una somma di danaro), verrà depositato come corpo certo, e non potrà compensarsi, perchè non fungibile. — Per medesimezza di ragione, non avrà luogo nel prestito ad uso, il cui oggetto è sempre un corpo certo.

ticipatamente rinunciato al compenso dei debiti; potendosi ciò fare, stantechè la compensazione legale fu stabilita per motivi di interesse puramente privato (art. 1293 (1247)).

CXIX. — Se può rinunciarsi ad un compenso futuro, con più ragione si può ad un compenso compiuto; e la rinunzia può esser tacita in ambi i casi. Or si tiene per rinunciato il beneficio acquistato della compensazione, non solo se il debitore ha pagato il debito già per quella causa estinto, ma anche se il creditore ha puramente e semplicemente accettato la cessione del debito. Ma il debitore che ha rinunziato, non ha perciò il credito reciproco di prima, essendosi estinto di pieno dritto per la compensazione, ma ne acquista uno nuovo ed eguale, per cui non potrebbe esercitare i privilegi, le ipoteche o le fidejussioni che proteggevano l'antico. Pure cotali garenzie si fan rivivere per benigna eccezione, in vantaggio del novello credito ove il debitore abbia pagato, ovvero accettato la cessione nell'ignoranza scusabile del suo credito. — Dal medesimo principio che i due debiti si estinguono di pieno dritto per compensazione, sorge che ove il debitore abbia accettato puramente la cessione, il cessionario non acquista il credito originario, ma uno nuovo, che deriva dall'essersi costituito debitore verso di lui con una accettazione senza riserbe, e per cui non può mai esercitare le garenzie dell'antico. Se poi si fosse notificata la cessione al debitore, ovvero si fosse fatta una accettazione con espressa riserba, la compensazione avrebbe luogo per intero, e nessun dritto acquisterebbe il cessionario contro il debitore ceduto.

Osserveremo da ultimo, che operandosi il pagamento fittizio nel silenzio delle parti, ed anche a loro insaputa, consegue che se una di esse parti avesse più debiti verso dell'altra da compensare, si dovrebbero applicare le regole della imputazione del pagamento (art. 1295, 1297 e 1299 (1249, 1251 e 1253)).

CXX. — La compensazione *facultativa* partorisce di necessità il medesimo effetto che quella legale, estingue cioè i due debiti coi loro accessorî; se non che si compie con la volontà, e a richiesta dell'uno dei debitori in cui sta di effettuare quella condizione che manca per la compensazione. Per grazia di esempio, se voi mi dovete un corpo certo di quella specie, ed io vi debbo un individuo indeterminato della medesima specie (nel qual caso non avviene la compensazione legale, perchè non son fungibili i due oggetti) io posso fare il pagamento effettivo del mio debito e pretendere il pagamento del vostro, ovvero opporvi la compensazione dell'oggetto dovutomi da voi stesso (*Aggiunzione* allo art. 1299 (1253)).

SEZIONE V.

DELLA CONFUSIONE.

CXXI.—La confusione, considerata come causa che estingue l'obbligazione, consiste nel concorso nella medesima persona di due qualità incompatibili che a vicenda si distruggono non potendo più adempiersi la obbligazione.

Non diremo già, come spesso si dice: *il concorso delle due qualità di creditore e di debitore;* poichè non avvenendo sempre così, si restringerebbe di troppo la definizione.

In fatti, se il concorrere delle qualità di creditore e fidejussore, estingue l'obbligazione accessoria della fidejussione (nello stesso modo che si estingue la principale, col concorrere delle due qualità di creditore e di debitore); essa si estinguerà parimente se concorrano le qualità di *fidejussione* e di *debitore principale;* poichè non si può mallevare un credito proprio come non si può esser debitore di se stesso, così non si può nemmeno mallevare un proprio debito.

La confusione opera o quando una delle

due persone in cui concorrono le due qualità incompatibili, succede all'altra, o quando un terzo succede a tutte e due (articoli 1300, 1301 (1254, 1255), n. III).

CXXII.—Gli effetti della confusione, nei vari casi particolari, non offrono alcuna difficoltà, poichè sorgono per la forza stessa delle cose, e potranno ritenersi estinti per confusione i dritti che veramente non si possono adempire.— Così, se il debitore d'un quarto lo diventa di un altro quarto, non vi sarà confusione; poichè le due qualità non sono per nulla incompatibili, nè è impossibile che un solo sia debitore di due quarti dovuti da due.

Parimente, se in una persona concorrano una o due qualità incompatibili per una frazione del debito, solo per questa vi sarà confusione. Se un creditore succede al debitore per metà, solo per essa si estingueranno il credito ed il debito, potendo il creditore rivolgersi per l'altra metà contro l'altro rappresentante del debitore (articolo 1301 (1255), n. II).

La confusione può rivocarsi, o per l'annullamento della causa che l'avea prodotto (per esempio, se un erede fa dichiarar nulla la sua accettazione per dolo o violenza), o per la semplice convenzione (per esempio, per la vendita dei dritti successorî fatta dallo erede).

Nel primo caso, la confusione non è assolutamente come non avvenuta, e tutti i dritti estinti, generalmente, sono sempre esistiti; nel secondo, la si estinguerà relativamente alle parti contraenti; poichè la semplice volontà di esse parti non può in pregiudizio dei terzi far risorgere i dritti di fidejussione, d'ipoteca ed altri, estinti in vantaggio di quelli (art. 1301, (1255), n. IV).

SEZIONE VI.

DELLA SOPRAVVENIENZA D'UN AVVENIMENTO CHE RENDE IMPOSSIBILE LO ADEMPIMENTO.

CXXIII.—Nessuno è tenuto all'impossibile, dunque si estinguerà qualunque obbligazione assolutamente impossibile ad eseguirsi. Sarà altrimenti però ove la impossibilità sorga per la colpa o per il fatto del debitore: allora, come anche se il debitore abbia tolto su di se i casi fortuiti, l'obbligazione si estingue e si dovranno invece i danni-interessi; se però non gli si può imputare la impossibilità, egli sarà pienamente liberato verso il creditore (articolo 1234-6° e 1302 (1137 e 1256)).

CXXIV. — Le quali regole, applicabili per la forza stessa delle cose a qualunque obbligazione, vengono specialmente dalla legge applicate all'obbligazione di consegnare un corpo certo, ossia un oggetto individualmente determinato.

Distrutto, perduto o altrimenti tolto di commercio il corpo certo, l'obbligazione si estingue, con doversi o no i danni-interessi se la perdita provenga o no da colpa o fatto del debitore. Spetterà a questi giustificare la forza maggiore che ha posto l'oggetto fuori commercio; al creditore poi, se pretende che l'avvenimento provenga da colpa o fatto del debitore.

La mora rende in colpa il debitore, ma questi non è tenuto a danni-interessi se non ne proviene alcun danno; quindi se provi che la cosa perita appo di lui, lo sarebbe egualmente appo il creditore, anche se l'avesse rilasciata al tempo prefisso, non sarà tenuto a danni-interessi (articolo 1302 (1256)).

Del rimanente, in due casi il debitore sarà tenuto al ristoro, e dovrà il valore dell'oggetto, quantunque la perdita provenga da un caso fortuito che non gli si può imputare: cioè, 1° come più innanzi dicemmo, se per una convenzione speciale il debitore abbia tolto su di se i casi fortuiti; 2° se è un ladro che si obbliga restituire la cosa da lui rubata. Questi non solo dovrà il ristoro pei casi fortuiti ordinarî, giacchè il suo possesso è una colpa, e ad ogni istante è in mora di restituire, ma ancora se la cosa si fosse

distrutta presso il proprietario. Nè è cosa iniqua che il ladro, il quale arricchitosi a detrimento del proprietario, ha posto costui in repentaglio di non aver più la sua cosa, si esponga anche al rischio di perdere il valore, onde arricchirne il proprietario; nè potrebbe egli stesso pretendere d'esser pareggiato, grazie al suo delitto, al debitore che per una clausola speciale si è gravato dei casi fortuiti (*ibid.*).

CXXV. — Ciò si applicherebbe del pari ad una cosa non determinata individualmente, non compresa in un numero o in una quantità determinata di cose che deperiscono o si perdon tutte; come se muojono tutti e quattro i cavalli bianchi di cui me ne dovevate uno, ovvero vi sia stato tolto per la costruzione di una strada quel campo, di cui dovevate darmi un ettare.

Fra questo caso e l'altro di una cosa determinata *in ipso individuo* havvi questa differenza, che il creditore in quest'ultimo, acquistando la proprietà fin dalla consegna, conforme il novello principio del *Codice*, deve egli sperimentare le azioni di ristoro, o le altre che ha potuto far nascere la perdita della cosa, mentrechè nell'altro caso il debitore rimasto proprietario fino all'ultimo, deve egli esercitare le azioni, e non il creditore che solo lo può dopo la cessione, che colui deve fargliene (1).

Trattandosi poi in generale di cose indeterminate, cioè determinate solo pel genere a cui appartengono, non è possibile si estingua la obbligazione per la perdita della cosa: *genera non pereunt* (art. 1302, 1303 (1256, 1257)).

SEZIONE VII.

DELLO ANNULLAMENTO O RESCISSIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

CXXVI. — La settima ed ultima causa di estinzione che dobbiam qui spiegare, è lo annullamento della obbligazione. L'*annullamento* e non la *nullità*, poichè quest'ultima espressione, usata dalla legge, porge due idee ben diverse che non si vogliono confondere, l'una delle quali, che è appunto la più esatta, non può essere l'oggetto di questa sezione.

La nullità, propriamente detta, si applica ad una pretesa obbligazione, la cui legale esistenza non è reale, ma solo apparente; come pure ad una obbligazione che quantunque si creda, e si pretenda che esista, in fatti non esiste, perchè una qualunque circostanza (p. e. la mancanza del consenso di una parte, o la mancanza di causa o di oggetto lecito) ne ha impedito la esistenza. Al contrario, la nullità impropriamente detta, o la semplice *annullabilità* si applica ad una obbligazione formatasi (benchè irregolarmente), che ha un esistenza legale (ma viziosa) e che sussiste e produce effetti, finchè una sentenza del giudice ad istanza della parte interessata non la faccia rescindere, annullare.

Or favellando qui di una delle cause, con cui si estinguono le obbligazioni, non possiamo certamente trattare della vera nullità, giacchè una obbligazione che non esiste, non potrebbe estinguersi; si può affermare e proclamare, che il niente è niente, ma non potrebbe *annullarsi* il niente; qui dunque si tratta delle obbligazioni viziose, ma che esistono (*Osservazioni preliminari dell'art.* 1304 (1258)).

CXXVII. — Secondo le spiegazioni già date nel capitolo I di questo sunto, le principali cause per cui si annullano le obbligazioni sono: 1° il consenso viziato in una delle parti mercè *il dolo* dell'altra parte, o mercè l'*errore* o la *violenza*; 2° l'*incapacità* dell'interdetto, che agisce per sè stesso, o della donna maritata, che contrae senza l'autorizzazione necessaria; 3° infine, la *lesione*, per il minore non

(1) I redattori per inavvertenza dettarono l'articolo 1303 (1257), la sua regola è vera in Pothier, ma oggi dopo il principio nuovo dell'articolo 1138 (1092) essa è un controsenso.

emancipato, negli atti da lui consentiti in luogo del suo rappresentante; pel minore emancipato, negli atti in cui è intervenuto ed è mancata la necessaria assistenza del curatore; pel maggiore, quando in una divisione vien leso di più di un quarto, o in una vendita di un immobile di più di sette dodicesimi.

Così, come più sopra abbiam detto, la minore età non è un'*incapacità*, benchè d'ordinario così inesattamente si dica, ma è soltanto una causa di rescissione per lesione: il minore, a differenza dello interdetto e della donna maritata, non è punto incapace di contrarre, nè può fare annullare se non provi un danno; e benchè il minore presso noi non sia più il *minore* dei Romani (1), si potrà sempre dire: *Non tamquam minor*, *sed tamquam laesus*, *restituitur* (art. 1305 (1259)).

Cotesto dritto che ha il minore di fare annullare per una lesione giustificata (purchè questa risulti dall'atto stesso, e non sorga da un accidente posteriore) lo eserciterebbe quand' anche egli si fosse dato per maggiore, perchè il contraente non è scusabile di essersi rimesso ad una semplice dichiarazione (articolo 1306 e 1307 (1260 e 1261)).

CXXVIII. — Non sarà così, ove il minore abbia ingannato l' altra parte intorno alla sua età con pratiche di frode (*ibid.*); non può egli essere restituito se la obbligazione sorga dai suoi delitti o quasi-delitti (articolo 1310 (1264)).

Arroge, che non lo si può restituire come nè un maggiore: 1° negli atti regolarmente compiti dal suo rappresentante legale, per importanti che fossero; 2° negli atti fatti da lui stesso nello esercizio del commercio cui era autorizzato; e 3° nelle obbligazioni che contrae nel contratto di matrimonio assistito da quelli il cui consenso è necessario per maritarsi. — In questi tre casi svanisce la minor età, e l'atto si reputa come fatto da un maggiore (artic. 1308, 1309, 1314 (1262, 1263, 1268)).

Del resto, per potersi pronunziare lo annullamento nei casi indicati nel numero precedente, è necessario: 1° che si domandi da quello dei contraenti il cui consenso è stato viziato, o che era incapace, o che era stato leso (non potendosi far mai dagli altri); 2° che si domandi prima di ogni ratifica e prima che spiri il termine richiesto dalla legge.

CXXIX. — *Della ratifica.* — Ratificare o confermare un'obbligazione vale, toglierle il vizio col rinunziare alla causa di annullamento che si avrebbe potuto mettere innanzi contro di essa. È dunque impossibile la ratifica per un'obbligazione propriamente nulla: si potrà formarne una nuova ed efficace e sostituirla alla apparente, ma questa non si potrebbe far valida, il niente non può esser nè confermato nè distrutto: *Quod nullum est confirmari nequit.* Questo vero non riconosciuto da parecchi commentatori (e che spezialmente si applica alle obbligazioni fondate su d' una causa illecita), è stato nitidamente posto innanzi dai compilatori del Codice, e dalla giurisprudenza consacrato (art. 1304, 1338 (1258, 1292)).

La ratifica è espressa o tacita, o risulti da una formale dichiarazione del debitore, o da qualche circostanza che per sè sola manifesti la volontà che ha il debitore di confermare la sua obbligazione: l'adempimento dell'obbligazione è per sè stesso una circostanza chiarissima; però è mestieri che se ne conosca il vizio, e che si abbia la intenzione di ripararlo. Inoltre, espressa o tacita la ratifica, bisogna si faccia in un tempo e in circostanze in cui il debitore abbia potuto contrarre un'obbligazione pienamente valida; se no, la ratifica sarebbe invalida.

Mercè la ratifica si completa la volontà di uno dei contraenti, che si unisce alla volontà legale dell'altro; sicchè non è bisogno del di costui concorso: essa non è un atto punto convenzionale, e che può adempiersi soltanto dal debitore, il quale può impugnare la sua obbligazione (art. 1330 (1284)).

(1) In Roma si diveniva *minore*, cessato di esser *pupillo*, mentre da noi il pupillo è minore.

CXXX. — L'effetto della ratifica risale al giorno della obbligazione, poichè questa era efficace, e poteva solo annullarsi per cagion del vizio che si estingue colla ratifica. Ma la legge vietò espressamente quest'effetto retroattivo, in riguardo dei dritti reali acquistati dai terzi nel frattempo dell'obbligazione, e della sua ratifica (art. 1338 (1292)).

Per la pruova della ratifica si seguiranno le regole generali che spiegheremo nel capitolo seguente; salvo un caso in cui evvi maggior rigore (cioè, se deve provarsi *per iscritto* la ratifica di una obbligazione che può annullarsi) l'atto dovrà presentare la sostanza di essa obbligazione, la indicazione delle cause per cui lo si può fare annullare, e la dichiarazione formale del debitore di non volerlo fare valere. La ratifica dee farsi con piena conoscenza della causa; e ad evitare ogni dubbio la legge vuole che nell'atto si esprimano chiaramente tutte le circostanze *(ibid.)*.

CXXXI. — Aggiungeremo qui, a compimento delle regole sulla ratifica, qualche osservazione sulla obbligazione naturale, quantunque non fosse proprio della nostra sezione, sendo questa obbligazione legalmente inesistente, e qui noi parliamo di quelle che esistono, ma che possono annullarsi.

Dal non potersi ratificare una obbligazione inesistente, non dee inferirsi che non avrà effetto la ratifica di una obbligazione naturale... Vedemmo nel num. XXXIX che la obbligazione naturale è quella che, rigettata prima dalla legge civile, vien poi da essa sanzionata, ove un fatto del debitore pruovi il valore reale della obbligazione, che si era creduta nulla; or come meglio la si potrebbe provare che colla ratifica del debitore? Senza dubbio, non potendosi validare una obbligazione, che legalmente esiste, la non si potrà confermare nel senso ordinario; però al postutto, le cause che confermerebbero la obbligazione che può annullarsi, renderanno validamente civile quella naturale (art. 1338 (1292)).

Parimente, *in fine* dello stesso numero abbiam visto, che se può aver luogo l'obbligazione naturale nelle convenzioni cui la legge niega la efficacia civile, perchè erroneamente le riguarda come nulle agli occhi della coscienza, non sarà così di quelle positivamente vietate dalla legge. Ciò posto, siccome la legge (che in generale non favorisce le donazioni) proscrive severamente ogni attribuzione gratuita di beni, fatta contro le forme rigorose da essa indicate, ne segue che una donazione (sia tra vivi o per testamento) non fatta secondo le forme, è un atto proscritto dalla legge, e non potrebbe quindi essere una obbligazione naturale per il donante che vi ha contravvenuto. Per l'incontro, non potendosene incolpare gli eredi, l'atto potrà, secondo i casi, contener per questi una obbligazione naturale. — Da ciò conseguita che non si potrà mai ratificare dal donante, nè espressamente, nè tacitamente una donazione nulla per difetto di forme (potendo solo farne altra nuova secondo le regole); ma essa potrà per l'opposto divenire civilmente efficace, ratificandosi espressamente o tacitamente, morto il donante, dai di lui eredi (art. 1339, 1340 (1293, 1294)).

Ciò premesso, ritorniamo alla nostra materia.

CXXXII. — *Termine dell'azione di annullamento.* Il silenzio protratto di colui, che può fare annullare la sua obbligazione, è tenuto dalla legge come una tacita ratifica di essa; per altro la tranquillità pubblica, l'interesse sociale richiedono che si estingua dopo un tempo determinato, ogni azione che tenda a turbare un ordine stabilito di cose. L'azione di annullamento adunque va soggetta ad un termine, spirato il quale, essa pure si estingue. Questo termine, secondo i casi, sarà più o men lungo; come, di due anni pel maggiore che nella vendita di un immobile è stato leso di più di sette dodicesimi (art, 1676 (1522)); ma in generale l'azione si prescrive in dieci anni, tranne che una regola speciale non determini un tempo minore, e specialmente nei tre casi più sopra indicati: 1° vizio di consenso; (per violenza, errore o dolo); 2° per incapacità (della

donna maritata o dello interdetto); e 3° per lesione di un minore che abbia agito irregolarmente (art. 1304 (1258)).

Nel primo caso, i dieci anni corrono dal giorno in cui cessa la violenza, o si scopre l'errore o il dolo; nel secondo, dal giorno in cui si scioglie il matrimonio, e si toglie la interdizione; e nel terzo, dal giorno della maggiore età.

La giurisprudenza, stante il silenzio della legge, ammette (ragionevolmente, giacchè i principî devono sempre applicarsi, tranne un'eccezione non li deroghi), che questa prescrizione, come tutte le altre, vada soggetta alle cause generali di sospensione, che altrove indicheremo (*ibid.*).

CXXXIII.—*Effetto dello annullamento.* L'annullamento pronunziato dal giudice annulla l'atto, e rimette quindi le cose allo stato in cui prima si trovavano. Lo annullamento adunque, in principio, obbliga le parti a restituirsi reciprocamente tutto ciò che han potuto ricevere in forza dell'atto annullato.

Ma si fa eccezione pei minori, gli interdetti e le donne maritate, che solo son tenuti a restituire, in quanto provi lo avversario averne profittato (articolo 1312 (1266)).

CAPITOLO QUINTO

DELLA PRUOVA.

CXXXIV.—Pria di parlare dei differenti mezzi di pruova autorizzati dal Codice, fermiamo un principio, spesso non ben compreso, e pure importantissimo; ed è, che ogni volta dee farsi una pruova, cioè, che ciò che si allega vien controverso fra due parti, chi allega deve necessariamente farne la pruova.

Spesso sentiamo a dire, che la pruova incombe necessariamente all'attore e non al convenuto, cioè a chi afferma, non a chi nega, *probatio incumbit actori;—ei qui dicit, non ei qui negat*; ma tali massime, vere in certo senso, e poste in armonia col principio indicato, prese alla lettera son false. La massima *actori incumbit probatio* è vera, se per *actor* intendesi, non colui che sperimenta l'azione, ma la parte (attrice o convenuta) che allega contro l'altra qualche cosa; essa va applicata tanto al convenuto che procede (*agens*) a giustificare la sua difesa, quanto all'attore che vuole provare la sua domanda, e le si accoppia l'altra regola, *reus excipiendo fit* ACTOR.—Così, se si vuol vera la seconda massima, bisogna intendere per *is qui dicit* qualunque attore che metta innanzi una proposizione (o affermando quel che pare non essere, o *negando* quel che sembra essere); per *is qui negat* colui che (negando, o *affermando*) contraddice, nega questa proposizione nuoce non volendo altro che respingerla onde mantenersi nello *statu quo*. In una parola è d'uopo ciò che si allega e che tende a modificare lo stato presente delle cose sia provato da colui che lo mette innanzi, sia l'attore o il convenuto, affermando o negando (art. 1315 (1269)).

Allorquando la scrittura che raccerta l'obbligazione d'un individuo, non ne indica la causa: colui che si è tenuto obbligato, e che pretende poi non esserlo, sostenendo che l'apparente sua obbligazione non esista per mancanza di causa, deve provare che la causa non esista; ma non già che essa esista dovrà pruovarsi da colui che secondo l'atto è creditore.

In tal modo, e con ragione, è deciso dalla giurisprudenza; dappoichè chiedendo la esecuzione di un' obbligazione che la scritta del mio avversario dichiara esistente, io non fo che seguire l'ordine naturale delle cose, mentre l'avversario vuole distruggere ciò che esiste, sostenendo di non essere obbligato, quantunque tale siasi detto, e di doversi lacerare l'atto da lui firmato (*ibid.*).

CXXXV.—I cinque mezzi di pruova indicati dal Codice: la Scrittura, la Pruova

donna maritata o dello interdetto); e 3° per lesione di un minore che abbia agito irregolarmente (art. 1304 (1258)).

Nel primo caso, i dieci anni corrono dal giorno in cui cessa la violenza, o si scopre l'errore o il dolo; nel secondo, dal giorno in cui si scioglie il matrimonio, e si toglie la interdizione; e nel terzo, dal giorno della maggiore età.

La giurisprudenza, stante il silenzio della legge, ammette (ragionevolmente, giacchè i principî devono sempre applicarsi, tranne un'eccezione non li deroghi), che questa prescrizione, come tutte le altre, vada soggetta alle cause generali di sospensione, che altrove indicheremo (*ibid.*).

CXXXIII.—*Effetto dello annullamento.* L'annullamento pronunziato dal giudice annulla l'atto, e rimette quindi le cose allo stato in cui prima si trovavano. Lo annullamento adunque, in principio, obbliga le parti a restituirsi reciprocamente tutto ciò che han potuto ricevere in forza dell'atto annullato.

Ma si fa eccezione pei minori, gli interdetti e le donne maritate, che solo son tenuti a restituire, in quanto provi lo avversario averne profittato (articolo 1312 (1266)).

CAPITOLO QUINTO

DELLA PRUOVA.

CXXXIV.—Pria di parlare dei differenti mezzi di pruova autorizzati dal Codice, fermiamo un principio, spesso non ben compreso, e pure importantissimo; ed è, che ogni volta dee farsi una pruova, cioè, che ciò che si allega vien controverso fra due parti, chi allega deve necessariamente farne la pruova.

Spesso sentiamo a dire, che la pruova incombe necessariamente all'attore e non al convenuto, cioè a chi afferma, non a chi nega, *probatio incumbit actori;—ei qui dicit, non ei qui negat*; ma tali massime, vere in certo senso, e poste in armonia col principio indicato, prese alla lettera son false. La massima *actori incumbit probatio* è vera, se per *actor* intendesi, non colui che sperimenta l'azione, ma la parte (attrice o convenuta) che allega contro l'altra qualche cosa; essa va applicata tanto al convenuto che procede (*agens*) a giustificare la sua difesa, quanto all'attore che vuole provare la sua domanda, e le si accoppia l'altra regola, *reus excipiendo fit* ACTOR.—Così, se si vuol vera la seconda massima, bisogna intendere per *is qui dicit* qualunque attore che metta innanzi una proposizione (o affermando quel che pare non essere, *o negando* quel che sembra essere); per *is qui negat* colui che (negando, o *affermando*) contraddice, nega questa proposizione nuoce non volendo altro che respingerla onde mantenersi nello *statu quo*. In una parola è d'uopo ciò che si allega e che tende a modificare lo stato presente delle cose sia provato da colui che lo mette innanzi, sia l'attore o il convenuto, affermando o negando (art. 1315 (1269)).

Allorquando la scrittura che raccerta l'obbligazione d'un individuo, non ne indica la causa: colui che si è tenuto obbligato, e che pretende poi non esserlo, sostenendo che l'apparente sua obbligazione non esista per mancanza di causa, deve provare che la causa non esista; ma non già che essa esista dovrà pruovarsi da colui che secondo l'atto è creditore.

In tal modo, e con ragione, è deciso dalla giurisprudenza; dappoichè chiedendo la esecuzione di un' obbligazione che la scritta del mio avversario dichiara esistente, io non fo che seguire l'ordine naturale delle cose, mentre l'avversario vuole distruggere ciò che esiste, sostenendo di non essere obbligato, quantunque tale siasi detto, e di doversi lacerare l'atto da lui firmato (*ibid.*).

CXXXV.—I cinque mezzi di pruova indicati dal Codice: la Scrittura, la Pruova

testimoniale, la Presunzione, la Confessione e il Giuramento, ci fan dividere la materia in cinque sezioni (articolo 1316 , (1270)). Senonchè tal divisione, per quanto esatta e naturale si offra quanto alle parole, è inesattissima ove si riguardino la cose. Così, la Presunzione si suddivide in tre, ed anche in quattro classi (*Presunzione di dritto assoluta di ordine pubblico.—Presunzione assoluta di interesse privato.—Presunzione di dritto semplice —Presunzione di fatto*), le quali, benchè comprese in unica denominazione generica, pure producono effetti così differenti che entrano altri quattro mezzi di pruova tra gl'intervalli che dividono le quattro classi. Similmente le due branche del giuramento (*Giuramento decisorio*, *Giuramento suppletorio*) son così lungi dal somigliarsi , che l' uno presenta una prova invincibile ed affatto irrevocabile, l'altro pruova fino a che non si dimostri il contrario, ed è il compimento d'una pruova già iniziata, non potendo mai diventare da se sola elemento di decisione: il giuramento decisorio ed il suppletorio trovansi alle due estremità della scala delle pruove.

I mezzi di pruova indicati in modo completo e posti secondo la maggiore o minore energia, presentano le dieci seguenti classi:

1° Il Giuramento decisorio (*che non ammette mai la prova contraria*) ;—2° La Presunzione di dritto assoluta d'ordine pubblico (*idem*); — 3°. La confessione giudiziaria (*che ammette* la prova *in un sol caso*);—4° Le altre presunzioni assolute (*che l'ammettono in più casi*); — 5° La Presunzione di dritto semplice (*che l'ammette sempre*);—6° La pruova letterale (*idem*); —7° La Confessione stragiudiziale (*idem*); —8. La Pruova testimoniale (*idem*, *altronde permessa solo in taluni casi*);—9° La Presunzione di fatto (*idem*, *idem*); — 10° In ultimo, il Giuramento suppletorio (*che non è mai una pruova, ma solo il compimento d' una pruova già cominciata*).

La divisione delle pruove in cinque parti, tal quale è presentata dal Codice, non è niente logica; pure la seguiremo premesse quelle osservazioni senza di cui sarebbe pericoloso il tenervi dietro onde non correre il rischio di render molto più difficile l' intelligenza della materia ; daremo maggiore sviluppo alla fine del capitolo intorno alle idee da noi indicate, e che non si debbono mai dimenticare.

SEZIONE PRIMA.

DELLA PRUOVA LETTERALE.

CXXXVI.—La prova letterale o per iscritto è quella che risulta o dalla scrittura propriamente detta, o dalle *taglie* che formano pure una specie di scrittura. Tratteremo: 1° dell'atto autentico e delle controscritture con le quali si può modificarlo; 2° dell'atto privato; 3° delle taglie, 4° delle copie dei titoli; e 5° degli atti recognitivi.

§ 1. — *Dell'atto autentico e delle controscritture.*

CXXXVII.—*Dell'atto autentico.* Tutti gli atti in generale, emanati da pubblici ufficiali i quali agiscono nel regolare esercizio del loro ufficio, sono atti autentici; ma qui trattiamo dell'atto autentico con cui si raccertano le convenzioni, cioè dell'atto notarile.

Perchè l'atto sia autentico vogliosi quattro condizioni , cioè : 1° che chi riceve l'atto sia pubblico uffiziale; 2° che questi sia capace di stendere atti ; 3° che sia competente, cioè che a lui spetti il far quell'atto, che egli lo riceva nel luogo in cui ha dritto di farlo , e che non riguardi le persone alle quali gli è proibito di prestare il suo ministero; 4° finalmente

che l'atto abbia le forme richieste dalla legge (art. 1317 (1271)).

CXXXVIII. — Quando l'atto si stende da un pubblico uffiziale, ma incompetente, incapace o senza le forme richieste, la legge in favore delle parti conferisce all' atto il valore di scrittura privata, purchè sia da loro firmata; così diventa un atto autentico irregolare, che vale solo come privata scrittura, ma non perciò è un atto privato; e quindi non gli si potrebbe applicare la formalità dei duplicati, nè l'altra del *bono o approvato* che più in là vedremo richieste per gli atti privati. Nè importerà se l'atto siesi fatto in brevetto quando doveva restarne la minuta; dacchè la mancanza di tal forma vien punita col ridursi l'atto ad una scrittura privata ove sia stato sottoscritto dalle parti. Ma sarebbe stata necessaria se ciascuna delle parti ovvero una di esse avesse dichiarato di non sapere o non potere sottoscrivere. Vuolsi solo la firma di quelle persone per le quali l'atto dee far pruova, non già delle altre che abbiano potuto figurare nell'atto (art. 1318 (1272)).

Se in una convenzione una parte abbia firmato e di altre parti cointeressate una o alcune soltanto avessero sottoscritto, sarebbe l'atto inefficace per tutti coloro che firmarono. Difatti costoro consentirono a condizione che si fossero obbligati gli altri che non firmarono; non seguìta la condizione, il progetto non fu posto in esecuzione (*ibid.*).

CXXXIX. — Penetrando nello spirito della legge che dichiara validi come atti privati con le condizioni già dette gli atti autentici viziosi per incompetenza, incapacità, o per mancanza di forma, dovrebbe esser governato dalla nostra regola l' atto ricevuto da un notaro deposto o surrogato se le parti han potuto e dovuto credere ch'egli fosse sempre notaro, sebbene la deposizione e il surrogamento non sieno semplicemente casi d'incompetenza e d'incapacità (art. 1318 (1272)).

Viceversa, sebbene incompetente sia il notaro quando ha fatto un atto che da nessun notaro si poteva, l' atto sarebbe pure inefficace perchè la legge parla solo della incompetenza del notaro, che riceve un atto che avrebbe dovuto riceversi da un altro notaro. Finalmente, sebbene sia difetto di forma la mancanza della firma del notaro, certo è che un atto con tal vizio non potrebbe nemmeno valere come atto privato, perchè esso non era nemmeno in apparenza un atto autentico, e la legge ha dato la forza di atto privato a quello che le parti dovettero ritenere autentico (*ibid.*).

CXL. — L' atto autentico fa piena fede cioè completa pruova, e fino alla iscrizione in falso, delle convenzioni e dei fatti che esso raccerta, purchè le sieno cose che il notaro abbia potuto e dovuto raccertare. È necessario prima, che abbia potuto raccertarle ossia ne abbia acquistato la certezza *propriis sensibus*; non sarebbe necessaria la iscrizione in falso quando si pretenda soltanto che la dichiarazione fatta al notaro, e da lui comprovata è falsa, o che le convenzioni fermate innanzi a lui, e di cui egli fa menzione, sono fraudolenti, dacchè non si dubiterebbe allora della veracità del notaro. Secondariamente, le cose devono esser tali ch'egli poteva comprovarle; quindi se un notaro avesse dichiarato sano di mente un tutore o un donante, non sarebbe necessaria la iscrizione in falso per provare che il disponente non aveva le sue piene facoltà; un notaro non deve raccertare in modo autentico lo stato della salute delle persone (articolo 1319 (1273)).

CXLI. — L'atto autentico fino alla iscrizione in falso fa pruova assolutamente per tutti dei fatti e delle convenzioni che contiene, senza alcuna differenza tra i contraenti e i terzi, fra le *disposizioni* dell' atto e le sue *enunciazioni* (Vedi il seguente numero). Tutte le parti dell' atto autentico qualunque sieno, fan piena ed intera fede rispetto a tutti fino alla iscrizione in falso; ma se la fede dovuta agli atti è una per tutti, non è il medesimo lo *effetto* che tali atti partoriscono, cioè i dritti e le obbligazioni che faran nascere il fatto o le convenzioni comprovate. La legge nel dire che l'atto autentico fa *piena*

fede della convenzione che racchiude fra le parti contraenti, loro eredi od aventi-causa, parla dello effetto e non della fede dell'atto, applicando la regola ***res inter alios acta, aliis nec nocet, nec prodest***. Difatti un atto notarile come qualunque convenzione non può essere efficace che fra le parti o loro rappresentanti; ma la autenticità impressa all'atto è una tanto pei terzi che per le parti che vi hanno figurato. Il che si prova da ciò che la esecuzione dell' atto deve o può secondo i casi sospendersi con la procedura di falso. Cotesta distinzione fra la fede dovuta all'atto e gli effetti di esso, fra la sua forza probante e la sua forza efficiente, era stata mirabilmente porta dal nostro celebre Dumoulin; Pothier che non l'ebbe compresa si servì del linguaggio inesatto che fu riprodotto dal Codice (art. **1319**, **1320** (**1273**, **1274**)).

CXLII. — In un atto si distinguono le ***disposizioni*** e le ***enunciazioni***; le prime sono la parte che esprime il vero oggetto dell'atto, i suoi elementi essenziali; le seconde sono le indicazioni puramente accessorie. Queste ultime o hanno un rapporto diretto e prossimo con le disposizioni, ovvero avendone uno remoto sono realmente estranee allo scopo proposto. Le prime sono efficaci quanto le stesse disposizioni fra le parti e loro rappresentanti; le altre non sono che un principio di pruova per iscritto. In vero le ultime enunciazioni non son tali da richiamare l'attenzione della parte interessata, come le altre che hanno un diretto rapporto con le disposizioni.

Ma le enunciazioni non producono alcuno effetto riguardo ai terzi. Il Codice non ha consacrato qui la antica giurisprudenza secondo la quale le enunciazioni degli atti autentici erano principio di pruova contro i terzi; non si può nemmeno applicare l' antica massima già abbandonata da Pothier, e che era una frase senza senso: ***In antiquis omnia praesumuntur solemniter acta*** (art. **1320** (**1274**)).

CXLIII. — ***Delle controscritture***. — Controscrittura ***lato sensu*** importa qualunque atto che ne modifica un altro; ma in un senso più stretto vale un atto destinato a rimaner ***segreto*** e che modifica le disposizioni di un atto ***ostensibile***. Di fronte a due contrarie condizioni in cui trovansi le parti, l'una vera, ma ignorata, falsa l'altra, ma nota, vien dichiarato dalla legge, che, riguardo ai terzi, l'apparenza la vincerà sulla realità; ma che gli effetti dell' atto ostensibile potranno sempre essere allegati dai terzi, come non esistesse la controscrittura; e che questa (che sarà efficace fra le parti quando non vi sia interesse di terzi) non potrà esser ***loro giammai*** opposta (art. **1321** (**1275**)).

È necessario intendere qual significato abbia dato la legge alla parola ***terzo***. Una regola speciale che dichiara la controscritture inefficace per li ***penitus extranei*** sarebbe stata del tutto inutile, perchè gli stessi atti autentici non possono pregiudicarli. I terzi, cui accenna la legge, son quelli che debbonsi proteggere contro lo effetto delle controscritture, che sono appunto gli aventi-causa delle parti; non ***gli*** aventi-causa a titolo universale, tenuti a tutte le obbligazioni del loro autore, ma gli aventi-causa a titolo particolare, pei quali l'atto ostensibile era sì vero da ***dovervi*** contare sopra. E se è così ***quando*** alla realità si oppone una controscrittura; con più ragione dev'esserlo quando la realità mascherata da un atto ostensibile risulterà dalla semplice corrispondenza delle parti ch'è più segreta di un atto (***ibid.***).

CXLIV. — La controscrittura non è sempre come non avvenuta riguardo ai terzi che sono gli aventi-causa delle parti; è inefficace se dovesse tornare in danno loro; se dovessero trarne vantaggio, potrebbero allegarla. Ma lo potrebbero, secondo il già detto, contro colui che si è obbligato con la controscrittura, o contro i successori a titolo universale, e non già contro i suoi aventi-causa a titolo particolare.

Il Codice Napoleone che pareggia tutte le controscritture, abrogò certamente l'articolo **40** della legge del **22** frimaio anno VII che dichiarava nulla qualunque controscrittura con cui si aumentava il prezzo

di una vendita indicato nell'atto ostensibile; ma ciò più chiaramente sorge dalla discussione del Consiglio di Stato.

Infine . sono diverse le controscritture dalle dichiarazioni avute per incarico di acquistare, che non contengono alcuna segreta modificazione di un atto ostensibile; se per lo più è notarile l' atto modificato dalla controscrittura, potrebbe pure essere un atto privato (*ibid.*).

§ 2. — *Delle scritture private.*

Le scritture private sono per lo più atti con firma; ma ve ne hanno senza, a cui è data dalla legge una certa forza probante; parleremo delle une e delle altre.

1. Degli atti con firma privata.

CXLV.—L'atto con firma privata, riconosciuto o tenuto per tale da colui cui si oppone, è tanto efficace quanto un atto autentico, per *colui che lo ha* sottoscritto e pei suoi *eredi e aventi-causa*. Esso ha pure la medesima forza probante anche riguardo ai terzi, salvo ciò che diremo per la data nel numero CL (art. 1322 (1276)).

L'atto con firma privata è efficace quando *si riconosce* provenire da colui cui si attribuisce; nè il preteso autore dell'atto può sospenderne l' effetto se non dichiara che la firma o il carattere non è suo; l'aventecausa può dire di non conoscere se il *carattere o la firma* sia di quello cui si attribuisce. *Ove* la firma o il carattere si negano ovvero si dichiara di non conoscerli, è ordinata la verifica; ma non è necessario, come un tempo, che colui che *vuole* servirsi dell' atto sotto firma privata, *concluda* prima per la ricognizione o per la verifica dato che non si riconosca; egli può citare direttamente per la esecuzione dell'atto , il convenuto poi risponderà col non riconoscere, e allora sorge il bisogno della verifica che si farà secondo le regole del Codice *di* procedura (art. 1323, 1324 (1277, 1278)).

CXLVI. — *Necessità dei duplicati.*— Il *nostro* Codice non riprodusse la strana *quanto* immorale regola introdotta nel 1736 nella giurisprudenza del parlamento di Parigi, per cui tutte le convenzioni sinallagmatiche erano sempre nulle ove non si erano fatte in tanti originali , per quante le parti che vi avevano un interesse opposto, ognuno dei quali dovea far menzione del loro numero. Anche ora è stabilito che gli atti privati i quali racchiudono convenzioni sinallagmatiche, sono validi se fatti in altrettanti originali, per quante sono le parti che hanno un distinto interesse , e se ognuna di esse faccia menzione del loro numero; se non che il nostro Codice non dichiara inefficace la *convenzione* per mancanza di duplicati o della menzione di essi, ma soltanto gli atti , le scritture che racchiudono la convenzione e dovevano comprovarla.

Pertanto la mancanza dei duplicati o della loro menzione è oggi una quistione di pruova, senza di che la convenzione sarà sempre valida, ove possa giustificarsi, o con la confessione della parte, o esibendo gli stessi duplicati (ove manchi solo la *menzione* di essi) ovvero in altro modo (articolo 1325 (1279)).

CXLVII.— I duplicati devono essere tanti per quante le parti che hanno un distinto interesse, bastando un solo originale per quelle che vi abbiano il medesimo; cioè, gli originali devono esser tanti per quante sono le parti che nella convenzione hanno interessi opposti; basta un solo per tutte quelle che ne hanno uno eguale , e che tutte insieme, rispetto alla parte avversa, fanno ciò che farebbe una sola di esse (art. 1325 (1279)).

La regola dei duplicati si applica solo alle convenzioni sinallagmatiche, e non mai ad alcuno dei contratti unilaterali, nè ad una promessa unilaterale che non dà obbligo reciproco all'altra parte di conchiudere appresso un contratto sinallagmatico,

come ad una promessa unilaterale di comprare o di vendere. Simigliante promessa che non varrebbe una vendita, essendo unilaterale, non sarebbe meno obbligatoria per colui che l'avrebbe fatto, e ben si proverebbe con un atto semplice (*ibid.*).

CXLVIII. — *Necessità* del buono o approvato. — Savi provvedimenti furon dati onde impedire la frode nelle scritture contenenti una obbligazione unilaterale. La promessa unilaterale di pagare una determinata somma, o quantità di mercanzie può solo provarsi con l'atto presentato dal creditore se sia scritto tutto intero di mano del debitore, o per lo meno se contenga un *buono* o *approvato* che indichi in lettere e non in numeri la quantità della somma o delle cose. Se il corpo dell'atto è scritto tutto di carattere del debitore, dovrà anche necessariamente, per medesimezza di ragione, scriversi in lettere e non in numeri, la quantità della somma o delle cose. (art. 1326 (1280)).

La regola va applicata quando l'obbligazione è da sola una parte, fossero anche in più gli obbligati, i quali nella convenzione sono una sola parte; l'atto deve quindi contenere il *buono* di ciascuno se è scritto di carattere altrui, ovvero il *buono* dell'altro o degli altri debitori se è scritto da uno di loro. Essendo la convenzione unilaterale, la regola da seguire è quella del *buono* o *approvato*; ma potrebbe seguirsi questa o l'altra dei duplicati, se si tratta di un contratto sinallagmatico che da una parte si esegua immediatamente, rimanendo poi obbligata solo l'altra parte (*ibid.*).

Cotesta regola si riferisce alla pruova e non già alla validità della convenzione; la pruova, ove pur manchi il buono o approvato, potrebbe farsi sempre contro colui che ha soscritto, con la sua confessione, col giuramento o in altro modo (*ibid.*).

CXLIX. — Alla regola già spiegata si fa eccezione pei mercatanti, artigiani, agricoltori, vignajuoli, giornalieri e persone di servizio; poichè si sarebbe impedito con la regola il rapido andamento degli affari dei mercatanti, e si sarebbero costretti gli altri tutti a fare innanzi al notaro gli atti di più lieve importanza (*ibid.*).

Se la somma indicata nel corpo dell'atto non risponda a quella espressa nel *buono*, si presume che l' obbligazione sia per la minore, fossero anche scritti di mano dell'obbligato e l'atto e il *buono*; ma contro tal presunzione potrebbe farsi la pruova in contrario (art. 1327 (1281)).

CL. — *Della data.* — Essendo molto facile mettere una data antecedente in una scrittura privata, è stato dalla legge stabilito che questa fa fede della sua data rispetto alle terze persone dal *giorno in cui* è registrata, ovvero in cui è riportata *la* sua sostanza in un atto pubblico, ovvero dalla morte di uno di coloro che la sottoscrissero; ma per le parti e loro successori l' atto privato fa fede della sua data fino a quando non si provi di esser falsa. Quindi solo i terzi, non già le parti o loro eredi, possono opporre la mancanza del registro (ovvero di una delle due cose equivalenti).

Per *terzi* dee qui intendersi quelli che trattarono con la persona da cui l'atto deriva, cioè i suoi aventi-causa a titolo particolare; non già i *penitus extranei* per cui l'atto nessuno effetto può partorire nè in pro nè contro. La legge rende *pienamente* efficace l' atto privato *tanto fra le* parti, che fra tutti gli aventi-causa, il che non involve contraddizione, perchè colui che ha trattato con una persona (come il compratore) è il suo avente-causa per gli atti che precedettero la convenzione, e non per gli altri che la seguirono; quindi innanzi che io sia dichiarato rispetto a quell' atto avente-causa di colui con cui ho trattato, deve stabilirsi che l'atto ha realmente una data antecedente alla mia convenzione (articolo 1328 (1282)).

CLI. — Il registro, il riferirsi la sostanza dell'atto privato in un atto pubblico, sono indicati *limitatamente* come le circostanze che danno legalmente una data certa all'atto privato; si violerebbe la legge se negli altri casi in cui il giudice riconosce in fatto la impossibilità di una data antecedente, si volesse stabilire la certezza della data. Di ciò che è stato stanziato dalla giurisprudenza, non si può dubitare affatto di

fronte ai lavori preparatori del Codice.

Cotali formalità non si applicano alle semplici quietanze per le quali è bastata sempre la firma del creditore. La eccezione che nell'antica giurisprudenza si faceva per tali atti, dee pur farsi oggi, mentre nei lavori preparatori non si accenna ad alcun mutamento intorno a ciò, il che avrebbe turbato le abitudini da secoli stabilite (*ibid.*).

2. Delle scritture efficaci senza firma.

CLII.—I registri dei mercatanti fan pruova legale ed intera delle somministrazioni annotate, contro gli altri mercatanti ma non contro i non mercatanti; ma avverso di questi è un principio di pruova per cui il giudice può deferire il giuramento suppletorio.

Pur nondimeno non si ammette la pruova testimoniale per istabilire la verità della somministrazione annotata nel registro; tranne vi sia un *principio di pruova per iscritto*, che può trovarsi nelle scritture *di colui contro il quale è fatta* la domanda (art. 1329 (1283)).

Ma se i registri di un mercante non fan pruova contro i non mercanti, la fan chiara contro il mercatante; ma quei che vuol trarne profitto, non può scinderne ciò che è contrario alla sua pretensione (art. 1330 (1284)).

CLIII. — Diversamente dai libri di commercio, i registri, le carte domestiche non fan fede in vantaggio di colui cui appartengono; ma bensì contro di lui nei due casi: 1° quando formalmente indicano un pagamento ricevuto; 2° quando indicano una obbligazione di colui che li tiene verso un terzo: nel qual caso la legge riconosce solo l'obbligazione, quando è detto espressamente che il notamento è stato scritto onde supplire alla mancanza del titolo del creditore.

Nel primo caso, cioè quando i registri indicano formalmente un pagamento ricevuto, la scritta *anche cancellata* sarebbe sempre efficace: benchè cancellata, la menzione del pagamento ricevuto, prova che questo è stato fatto: non si scrive nel registro che si è stato pagato tal giorno, con tal somma, da una tale persona, se il danaro non si è ricevuto. Nel secondo caso invece la scritta cancellata non avrebbe efficacia alcuna, dappoichè la raschiatura fatta dal debitore fa credere ch'egli abbia cancellato il notamento, per essersi estinta la sua prima obbligazione.

Se i registri, le carte domestiche, fan prova contro il loro autore, non possono mai farne a suo vantaggio; sarebbe ben comodo il crearsi un titolo. Ma da ciò non s'inferisca che l'avversario dell'autore del registro domestico possa scegliere a suo piacimento nelle indicazioni relative ad un affare, prendendo le une e lasciando le altre. Egli deve prendere tali quali sono tutte le enunciazioni che formano un tutto indivisibile. Se gli son favorevoli, se ne gioverà; se no, le lascerà non potendo volgerle contro l'avversario (poichè il registro non fa prova in vantaggio del suo autore).

Se il padrone del registro nega di averlo, non vi sarà per lo più altro mezzo che il giuramento sulla sua esistenza. Se confessandone l'esistenza si limitasse a non volerlo presentare, un tal rifiuto sarebbe un principio di pruova per cui si può deferire il giuramento suppletorio (art. 1331 (1285)).

CLIV. — L'annotazione che indica dei pagamenti fatti dal debitore, posta in seguito, in margine o in dorso, dell'atto semplice o del duplicato ch'è il titolo del creditore, prova perciò che sia fatta da quest'ultimo, sebbene non sottoscritta nè datata da lui, sia il titolo oppur no rimasto presso di lui. Se l'annotazione è sopra una precedente quietanza, ovvero sopra il duplicato del debitore, fa prova, con queste due condizioni: 1° che quella sia del creditore; e 2° che non sia presso di lui. La differenza fra i due casi è questa; nel primo, la annotazione sarebbe sempre efficace sebbene cancellata, bastando a liberare il debitore, che il creditore in qualsiasi momento lo abbia detto liberato; nel secon-

do, le raschiature la renderebbero inefficace, perchè si suppone essere stata fatta nella speranza di un pagamento che non ebbe effettto.

Le annotazioni, che aggiunte sul titolo di un credito indicassero un novello credito, senza che vi sia apposta altra firma, possono far prova se intimamente si riferiscono con l'atto, per modo che il tutto possa riguardarsi come unico atto a cui è apposta la firma; altrimenti possono essere un principio di pruova per iscritto (articolo 1332 (1286)).

§ 3. — *Delle taglie.*

CLV. — Il mezzo di pruova che dicesi *taglie*, usato specialmente dai fornai, è una sorta di pruova scritta, e quindi ha la sua forza anche oltre alla somma in là della quale non è permessa la pruova per testimonî. Quando il riscontro concorda con la taglia, questa fa fede della quantità delle mercanzie che si è così provata. Se il riscontro offrisse minori segni della taglia, la somministrazione sarebbe provata fino alla concorrenza dei segni comuni alle due metà, rimanendo gli altri come se non fossero; viceversa se il riscontro ne contenesse di più della taglia.

La taglia presentata dal somministratore sarebbe senza alcuna forza probante, se il consumatore pretendesse di non esservi stato mai riscontro, e di non essergli stato nulla somministrato, ovvero di aver pagato in contanti le somministrazioni. Invero una taglia senza riscontro merita minor confidenza dei registri regolarmente tenuti; non può quindi il giudice tacendone la legge deferire per essa come pei registri, il giuramento suppletorio. Se di un riscontro che non si esibisce fosse provata o confessata la esistenza, la taglia dovrebbe far fede (tranne non si provasse la frode del somministratore); e perchè allora il consumatore sarebbe in colpa di non avere, appena perduto il riscontro, ultimato il conto col somministratore, e ricominciato poi una nuova taglia (art. 1333 (1287)).

§ 4. — *Delle copie dei titoli.*

CLVI. — La copia di un *titolo* ossia di un atto autentico, nulla è per se, ripetendo la sua forza probante dal medesimo originale; il quale può quindi volersi sempre esibito, finchè esista. Se esiste, ed una parte lo vuole esibito, la copia nulla prova, nè fa mestieri allegare contro di essa alcun motivo speciale di sospetto; tranne non sieno estratti di atti dello stato civile (art. 1334 (1288)).

Quando l'originale si è perduto, il che sarà giustificato dall'attore (provando di non trovarsi nel deposito in cui dovrebbe essere, e di nulla sapersi della sua esistenza), la copia cavata da un pubblico ufficiale, avrà, secondo i casi, una maggiore o minore efficacia.

Essa fa piena fede, come lo stesso originale, nei tre seguenti casi: 1° quando essa è di prima spedizione, il breve intervallo che separa la redazione della minuta dal rilascio della prima spedizione essendo garenzia sufficiente della loro conformità; — 2° quando la copia è stata cavata dalla minuta dall'ufficiale depositario per ordine del magistrato, presenti o chiamate le parti; o quando lo è stata anche senza ordine del magistrato alla presenza dei varî interessati e col loro consenso; — 3° quando la copia è stata tratta dall'originale, non nelle circostanze sopraindicate, ma sempre dall'ufficiale presso cui legalmente quello era depositato, e la data della copia rimonta ad oltre un trentennio, perchè non vi si pensa tanto tempo prima a formare un titolo falso (art. 1335 (1289)).

CLVII. — Tranne i detti tre casi, qualunque copia cavata dalla minuta può servir solo per principio di pruova per iscritto.

La quale seconda regola comprende in prima le copie rilasciate da un pubblico ufficiale che non era il depositario legale della minuta, qual che si fosse la loro età; secondariamente, qualunque copia, che non essendo la prima spedizione, nè fatta per ordine del magistrato, e chiamate le parti o alla loro presenza, fosse stata estratta dal depositario legale innanzi trent'anni.

Le copie di copie possono soltanto, secondo le circostanze, riguardarsi come semplici indizi per cui il giudice potrebbe deferire il giuramento suppletorio, se a lui sembrasse abbastanza grave la presunzione che risulta dalla copia prodotta (*ibid.*).

CLVIII. — La legge derogando al principio generale, che è principio di pruova per iscritto l'atto che emani dall'avversario, o almeno le copie originali, e non le copie di copie, ritiene come principio di pruova per iscritto la trascrizione sul registro del conservatore delle ipoteche; purchè però: 1° sia certo che tutte le minute del notaro dell'anno in cui l'atto appare fatto, siensi perdute ovvero sia provato che la minuta di quell'atto siasi perduta per mero accidente; 2° che dal repertorio regolare del notaro si comprovi che l'atto sia stato fatto con la medesima data. Oltre a ciò, nei casi in cui è ammessa la pruova testimoniale, si udiranno sempre i testimonî della pruova se sieno tuttavia viventi (articolo 1336 (1290)).

Il semplice registro non sarebbe così efficace con la trascrizione; si fa per questa una eccezione, e tacendone la legge, la non si può estendere. Altronde il registro ha una minore efficacia della trascrizione che è la riproduzione intera dell'atto, mentre esso non ne porge che una sommaria menzione (*ibid.*).

§ 5. — *Degli atti di ricognizione.*

CLIX. — Dicesi *atto di ricognizione* quello che riferendosi ad uno più antico prova *che si vogliono* mantenere i dritti comprovati *dal primo*, che rispetto all'altro dicesi *primordiale*.

Siccome l'atto di ricognizione mira a mantenere lo stato anteriore delle cose e non a crearne uno nuovo, è ben logico il Codice nel dichiarare che ciò che nel titolo nuovo fosse diverso dall' atto primordiale che pur si esibisce, sarebbe inefficace. Ma non è ugualmente giusto nel dichiarare che nulla provi l'atto di ricognizione che non riproduce il tenore dell'atto originario, che quindi il creditore che non potrebbe riportare questo titolo immaginario, sia nell'impossibilità di provare il suo dritto; la quale disposizione deriva da un errore materiale di Pothier, che diede come professata da Dumoulin una idea tanto contraria alla dottrina di quel grande giureconsulto, quanto alla stessa ragione.

I nostri compilatori spinsero più in là la strana dottrina di Pothier (che ritenevano anche abbracciata da Dumoulin); Pothier almeno dava forza probante ad un atto di ricognizione antico, accompagnato o dal possesso o da uno o più altri atti conformi di ricognizione; il Codice dà forza probante solamente all'atto antico accompagnato insieme e dal possesso e da un altro atto conforme (art. 1337 (1291)).

CLX. — Ma tali regole, per quanto sieno poche logiche, debbonsi rispettare; *dura lex, sed lex*. Nè si può distinguere se la ricognizione si opponga allo stesso debitore, ovvero ai suoi creditori, e pretendere che solo nell'ultimo caso debba riferirsi il tenore dell'atto primordiale. Si direbbe anche invano che basti la sommaria menzione dell'atto primordiale; sorge dal testo medesimo della legge e dal raffronto delle regole del Codice con quelle di Pothier (rese assai più dure) che vuolsi positivamente la inserzione *ad longum* di tutto il tenore del titolo, *inserto toto tenore tituli*. La ricognizione di un debito, già comprovato da un atto, farà fede soltanto in due casi: 1° quando contiene la copia intera; 2° quando abbia la data di oltre

trent'anni e sia avvalorato dal possesso e da uno o più altri atti di ricognizione conformi a quello *(ibid.)*.

L'atto primordiale la vincerebbe sempre sull'atto o gli atti di ricognizione per ciò che in essi si trovasse diverso *in più*; l'atto primitivo, per ciò che in essi si trovasse in meno potrebbe essere inefficace, se vi fosse prescrizione.—Si osservi pure che le sopra riferite regole riguardano esclusivamente gli atti veri di ricognizione, non già quelli che benchè così si sono chiamati, si riconoscono fatti per innovare qualche cosa. — Da ultimo coteste regole, che fanno una eccezione poco logica e poco equa, dovranno solo applicarsi nei casi esplicitamente preveduti cioè pei dritti puramente personali e non per li reali; idea che sembra anche sorgere dalle disposizioni del titolo delle *Servitù* (*ibid.*).

SEZIONE II.

DELLA PRUOVA TESTIMONIALE

CLXI. — Il timore che si subornino i testimoni ed anche il desiderio che non si moltiplichino le liti, sono i due motivi pei quali, tranne poche eccezioni, è vietata la pruova testimoniale. Studieremo il divieto in un primo paragrafo, nel secondo le sue eccezioni (*Osservazioni preliminari* dell'articolo 1341 (1295)).

§ 1. — *Divieto della pruova testimoniale.*

CLXII. — Il Codice stabilisce due principî; essi sono: 1° che non può mai provarsi per testimoni qualunque fatto il cui interesse pecuniario è più di 150 franchi; 2° che è similmente vietata la pruova testimoniale per un fatto il cui interesse è minore di 150 fr., ove si debba provare o contra od oltre ciò che è stato detto in una scrittura. Poichè un fatto è stato comprovato da una scrittura, solo con un'altra si possono modificare le menzioni della prima.

Ma non per questo è interdetta la pruova per interpetrar l'atto; non si modifica una clausola quando si voglia conoscerne il costrutto e la estensione; nè sarebbe vietata la pruova testimoniale per qualunque fatto che intimamente si riferisca a quello comprovato dalla scrittura ed esercita su di esso una maggiore o minore influenza. Da una scritta sorge che mi avete prestato 100 fr., posso provare con testimonî di averveli restituito; il pagamento che allego non contraddice in nessun modo la scrittura; non è ammessa la pruova testimoniale quando si vuol restringere, ampliare, o in altro modo modificare lo stato delle cose comprovato dalla scrittura. Difatti, se il fatto allegato avesse soltanto mutato lo stato delle cose, non si può credere che sia ciò avvenuto senza modificare la scrittura che ne facea la pruova; ma se il preteso fatto avesse distrutto il precedente stato di cose, non si vuol più provare che la *scrittura* siasi fatta in modo inesatto ed *incompleto*, ma invece una cosa assolutamente nuova, per cui le parti potevano stendere un' altra scrittura o contentarsi della pruova testimoniale, essendo l'interesse minore di 150 fr. (art. 1341 (1295)).

CLXIII.— La legge nel vietare la pruova testimoniale è tanto severa, che richiede lo interesse sia maggiore di 150 franchi non fin dal suo principio, ma al tempo della domanda. Per grazia di esempio, non può ammettersi la pruova testimoniale per un capitale minore di 150 fr. se per gl' interessi corsi al tempo della domanda la somma dovuta ascenda a quel valore. Invero temendo la legge che si subornino i testimonî per un interesse maggiore di 150 fr. non può farsi la pruova testimoniale per un interesse di tal fatta; il creditore doveva fornirsi di una scrittura quando il suo credito ammontava a quella somma (articolo 1342 (1296)).

Per medesimezza di ragione non è ammessa la pruova testimoniale se la domanda abbracci più oggetti che riuniti ammontino a 150 fr., benchè nati in varî tempi e per diverse cause. Non così quando i crediti nati in favore di diverse persone, per successione o per altro modo, si fossero cumulati in una sola. Allora il creditore non ha potuto procurarsi una pruova scritta quando i crediti riuniti superarono i 150 franchi. — Tranne quest' unica eccezione, la regola varrebbe pei crediti che nati successivamente in una medesima persona si *dividessero* poi fra i di costui eredi, od anche fossero legati o altrimenti trasmessi da lei ad altre persone, ognuna delle quali *riceverebbe uno* dei crediti. Da una parte un *credito* perchè ceduto da una persona ad un' altra non può acquistare maggiore energia e favore ; il cessionario non può aver un dritto maggiore del cedente; d'altra mano, non sarebbesi ciò potuto permettere senza scrollare tutto il sistema della *legge*. Se colui che ha un credito gran fatto maggiore di 150 fr. potesse dai testimonî procacciati far dire che esso è stato formato da parecchi piccoli crediti, potrebbe *anche facilmente* domandarsi il credito in *frazioni per* mezzo di più cessionarî, ciascuno *dei* quali coi testimonî procacciati farebbe dichiarare che il suo piccolo credito 'è distinto dagli altri. — Dunque sol *quando* i crediti minori di 150 franchi *appartenenti* a diverse persone, si riu*niscono* poi in una sola, non regge più la nostra regola; tranne questo caso, non può mai farsi la pruova testimoniale (anche come vedremo nel seguente numero, non ostante ogni posteriore divisione) quando i crediti *riuniti* oltrepassino i 150 fr. (articolo 1345 (1299)).

E *per* potersi meglio eseguire la regola (*come* anche per restringere tanto che si *può* il numero de' lievi litigi), tutte le domande non giustificate con iscrittura debbono farsi insieme e con una sola istanza, ingiungendosi al giudice di dichiarare inammissibili quelle che potrebbero presentarsi più tardi. La qual regola rigorosa si applica non solo se lo interesse delle varie domande riunite ecceda i 150 franchi ma anche quando sia minore ; la legge non vuol solo si respingano dei testimonî della fede di cui dubita, ma bensì che gli affari più prontamente si smaltiscano riunendosi in un solo molti procedimenti. E anche per ciò la regola è d'applicarsi quando la pruova testimoniale è assolutamente permessa, cioè per li crediti pei quali evvi un principio di pruova per iscritto, o che provengano da varie persone o si trovino per tutt'altro motivo esclusi dal divieto della pruova testimoniale (N. CLXV): è d'uopo riunire, assolutamente e senza distinzione alcuna , in una sola citazione tutte le domande che non sono tali da provarsi interamente per iscritto. Abbenchè ci abbiano insegnato il contrario, è molto logico che la regola non si applichi nè si possa applicare ai dritti sorti dopo introdotta l'azione: non poteva richiedersi dalla legge che metteste fra le vostre domande quella di un dritto che non avevate. Essa non è nemmeno d'applicarsi ai dritti che già esistenti non potevano ancora pretendersi. Avrebbe potuto estendersi fino a questi; avrebbe potuto richiedersi dalla legge che nella domanda degli altri dritti avreste curato non di *domandare* (era ciò impossibile), ma di *cennare* i dritti che non potevano ancora pretendersi: ma per avventura non lo ha fatto, ed essendo la disposizione di rigore, non si può andare più in là da essa (articolo 1346 (1300)).

CLXIV. — La pruova testimoniale, come abbiamo veduto, è proibita quando il dritto minore in origine di 150 fr., trovasi poi superiore a tal somma ; e reciprocamente quando l'interesse minore di presente di 150 fr. li eccedeva da principio.

Chi in pria domandasse più di 150 fr. non potrebbe essere ammesso alla pruova testimoniale restringendo alla somma suddetta la sua domanda; se non quando la prima cifra sia stata posta per errore, ed il dritto fosse realmente minore di 150 fr. (art. 1343 (1297)).

Il divieto si applicherebbe anche quando si fossero domandati 150 fr. o meno, ove si provasse che il dritto era realmente su-

periore a tal cifra, ed anche quando la somma richiesta nei limiti legali fosse residuo di una somma maggiore. In tutte queste ipotesi il chiedente era fin da principio nell'obbligo di provare il suo dritto con iscrittura. Egli ha contravvenuto alla legge, e ne sarà punito non ostante le diminuzioni che ha potuto avere il suo dritto, o che gli piacerebbe imporsi (art. 1344 (1298)).

§ 2. — *Eccezioni al divieto.*

CLXV. — Nei quattro casi seguenti si permette far uso della pruova testimoniale, abbenchè si trattasse di un interesse maggiore di 150 fr., o si allegasse cosa per contraddire o ampliare le menzioni di una scrittura.

1° Quando esiste un principio di pruova per iscritto.

Il Codice riconosce soltanto un principio di pruova per iscritto, nella scrittura di colui al quale si oppone (salvo la eccezione cennata al n. CLVIII) che rende verosimile il fatto allegato. Bisogna in pria che la scritta si parta dall'avversario. Non sarebbero principio di pruova per iscritto in vantaggio del preteso creditore le quietanze da lui fatte; nè l'atto privato che si nega o non si riconosce, fino a quando non sarà fatta la verifica la quale farà conoscere se l'atto sia o no di lui. Una scritta può venire da un individuo senza esser da lui firmata (come si è visto più sopra pei registri e le carte domestiche) o senza essere scritta di suo pugno (perchè seguita dalla firma con la quale ei se l'ha appropriata) o anche senza esser fatta nè firmata da lui (perchè l'atto è steso da un pubblico ufficiale che ha obbligo di raccertare le dichiarazioni dell'individuo). Bisogna poi che la scrittura renda verosimile ciò che si allega. La qual cosa valuteranno i magistrati (articolo 1347 (1301)).

CLXVI. — 2° Quando è stato impossibile all'attore procurarsi una pruova scritta; tale eccezione applicasi dalla legge alle obbligazioni nate dai quasi-contratti, delitti o quasi-delitti; ma non tutte le obbligazioni provenienti da una di queste tre cause possono sempre provarsi con testimoni. La regola, che poi non bisogna estendere nè restringere, si è che vi sia stata impossibilità di procurarsi lo scritto. In tal modo, quei che vuole provare la dazione di una somma indovuta maggiore di 150 fr., non potrà ripeterla che mercè una scrittura (benchè si trattasse di un quasi-contratto) avendo potuto ritirarsi facilmente la *quietanza* della somma che ei dava.

L'eccezione si applica anche ai depositi necessarî, cioè a quelli a cui si è costretto sia per una necessità fisica (un incendio, un naufragio, una inondazione o altro accidente) sia per altra morale (come se dei viaggiatori si fermassero in una osteria). Si applica pure a tutti i casi, qualunque si siano, in cui è stato impossibile il fare una scritta; a mo' di esempio, io potrò provare con testimoni *l'errore*, la violenza o il dolo che pretendo avermi deciso a fare la tal convenzione, il tal atto o il tal fatto; perchè non ho potuto farmi dare una pruova scritta, *sia del dolo* usato contro di me, o *della violenza* di cui era vittima, o dell'errore in cui era. Ma non potrebbesi provare in tal modo il contratto, nè altro fatto attribuito all'errore, al dolo o alla violenza, e che l'avversario sostiene non esistito, non essendo stato impossibile il provare tal contratto per mezzo di scrittura. Così, nel mentre la pruova testimoniale della simulazione di un atto, può farsi dal terzo a cui reca danno, perchè gli è stato impossibile l'aversi una pruova scritta, essa non potrebbe farsi in generale da colui che fu parte nell'atto, e uno degli autori della simulazione, essendogli facile di farla provare per iscritto. Ma la pruova testimoniale sarebbe anco permessa alla parte, se la simulazione coprisse una frode fatta alla legge, cioè se essa nascondesse un atto proibito perchè contrario all'ordine pubblico. Colui in fatti che costretto dalla sua condizione acconsente in faccia ad altri ad un tal atto,

non può chiedere a questo di provare la verità e quindi è in certo modo nell'impossibilità morale di procurarsi una pruova scritta (art. 1348 (1302)).

CLXVII. — 3° Quando è stato impossibile all'attore di conservarsi lo scritto procuratosi. L'attore deve provare con testimonî tre cose: 1° Di aver posseduto un titolo che giustificava il suo dritto; 2° di essere stato vittima di un avvenimento di forza maggiore; 3° che per ciò gli è stato tolto il titolo. Per l'indole stessa delle cose non si userà rigore per la prova di quest'*ultimo*, ma non così pel secondo; l'avvenimento di forza maggiore di cui dicesi essere *stato* vittima, dovrà provarsi in modo *preciso e da non* lasciare dubbio alcuno, *perchè da esso* sorge l'eccezione. Quanto al primo punto, che è l'anteriore esistenza del titolo, in generale non è necessario che i testimonî che depongono abbiano letto l'atto, e ne rapportino il contenuto: basta pei *casi ordinarî* che risulti dalle deposizioni *che* uno scritto che prova la tale convenzione, o tal altro fatto, sia stato con certezza disteso. Non potrebbe pretendersi che si riferisse il tenore della scrittura, se non *quando* l'atto abbisogna di certe formalità; i *testimonî* dovrebbero allora affermare lo adempimento di tali formalità, e la riunione delle varie condizioni volute perchè sia valido. Per provare l'uno di questi tre punti, non si può pretendere *uno scritto* che faccia pruova o principio di pruova. Una tale idea (ammessa pur nondimeno da una decisione di cassazione) mostrerebbe che colui che fa una convenzione il cui oggetto sorpassa i 150 fr. dovrà *redigere in pria una scritta*, a fin di provare la convenzione, redigerne di poi *una seconda* per provare l'esistenza del primo, nel caso in cui questo si smarrisca... (articolo 1348 (1302)).

CLXVIII. — 4° Trattandosi di materie commerciali.

Vero si è che se quest'ultima eccezione ammettesi senza dubbio per ciò che riguarda la proibizione della pruova testimoniale oltre i 150 fr.; ma è controverso se questa esista ugualmente quanto al principio che proibisce la pruova testimoniale oltre o contro il contenuto di una scrittura. Ma che sia di sì sorge abbastanza dai testi del Codice Napoleone, da quei del Codice di commercio, dai lavori preparatorî e dagli usi della nostra antica giurisprudenza. Con ragione adunque il più degli scrittori, e la Corte di cassazione han seguita cotesta dottrina.

Queste quattro eccezioni sono le sole ammesse dalla legge, e quella che si vorrebbe fare risultare dal consenso dato nell'udire i testimonî da colui contro il quale si prova, condannata dal silenzio del Codice (perchè eccezione) lo è pure dallo spirito e dal testo della legge. Lo è dal suo spirito, perchè trattasi di una proibizione (almeno per ciò che riguarda il non moltiplicarsi le liti) nello scopo del pubblico interesse, e che d'altronde non si può derogare per convenzione al testo, dappoichè il principio non è scritto come una facoltà riserbata allo avversario dell'attore, bensì come una proibizione diretta al magistrato di ammettere la pruova testimoniale fuori dei casi indicati (art. 1348 (1302)).

SEZIONE III.

DELLE PRESUNZIONI.

CLXIX. — La presunzione è congetturale conseguenza, tratta da un fatto noto ad uno ignoto che si cava dal magistrato o dalla legge stessa; in quest'ultimo caso, quantunque sia sempre una congettura, che può esser contraria alla realtà delle cose, essa ha giuridicamente una forza probante molto energica.

Le presunzioni dedotte dal giudice diconsi *presunzioni di fatto o dell'uomo*. Quelle poste dallo stesso legislatore chiamonsi *presunzioni legali o di dritto*, e si suddividono in *assolute* e *semplici*; le prime chiamansi spesso presunzioni *juris*

et de jure, le altre *juris tantum*.

Ci occuperemo nei tre paragrafi: 1° delle Presunzioni di dritto assolute; 2° delle Presunzioni di dritto semplici; 3° delle Presunzioni di fatto.

§ 1. — *Delle presunzioni di dritto assolute.*

CLXX. — La presunzione legale assoluta è quella sul fondamento di cui la legge pronuncia la nullità di un atto, o accorda una eccezione perentoria contro la domanda giudiziale. La pruova giuridica che risulta da tali presunzioni è generalmente invincibile, nè può essere distrutta da contraria prova; tranne per una eccezione.

Allorchè la legge dichiara un atto nullo perchè secondo la natura di esso lo crede fatto in frode delle sue disposizioni, non si può provare che quella supposizione sia falsa nella specie, e che l'atto non è fraudolente. Così anche la pruova della inesattezza della presunzione non è possibile, quando la legge in conseguenza di questa rifiuta l'azione in giudizio, cioè permette all'avversario di respingere la domanda con un mezzo d' inammissibilità fondato sulla presunzione (art. 1352 (1306)).

Ma se la presunzione assoluta non può in principio esser combattuta nel senso che non è permesso di provarne la sua inesattezza , si potrebbe invece provare che la presunzione non esista nella specie, e che l' attore non sia nel caso per cui essa è fatta.

È di tale evidenza questa idea, così indicata dal buon senso, che non comprendesi il come sia stata negata. Non ispetta a colui a cui opponesi questa presunzione il provare che non esista in vantaggio del suo avversario; bensì a colui che la chiede il provarne la esistenza , e che egli trovasi nelle condizioni nelle quali è ammessa dalla legge (*ibid.*).

CLXXI. — La presunzione legale assoluta, inespugnabile in principio, provato che esista, può per eccezione esser combattuta e mostrata falsa in certi casi particolari in cui una disposizione formale della legge accorda la pruova contraria. Gli è in tal modo che la presunzione della paternità *del marito* può esser combattuta da costui, quando ei trovasi nelle speciali condizioni dalla legge indicate.

Fuori dei casi in cui la pruova contraria è formalmente autorizzata dalla legge, la presunzione assoluta può esser solo distrutta dalla confessione contraria di colui che la chiedeva, o dal giuramento decisorio (confessione e giuramento di cui parleremo di poi) purchè si trattasse di una presunzione stabilita soltanto nel privato interesse della parte, e non nello scopo dell'ordine pubblico (art. 1352 (1306)).

Le presunzioni legali assolute possono, per la loro maggior forza probante, *dividersi* in tre classi : quelle contro *cui da* un testo speciale è riserbata la pruova contraria in alcuni casi; quelle contro cui non è fatta tal riserba, ma che riguardando lo interesse privato della parte, possono esser anco combattute dalla confessione o dal giuramento decisorio ; in fine quelle che stabilite per un interesse generale restano del tutto invincibili: fra le quali ultime è la presunzione di verità attaccata dalla legge alle decisioni giudiziarie , detta ***autorità della cosa giudicata***, e sarà oggetto di particolari spiegazioni.

Dell'autorità della cosa giudicata.

CLXXII. — Uno dei fondamenti dell'ordine sociale è la regola legale per la quale si presume vera la cosa giudicata, quantunque evidente sia in realtà l'errore del giudice; *res judicata pro veritate habetur*.

Il conoscere quando vi è *res judicata* è cosa molto semplice in vero, ma è stata oggetto di controversia. La cosa giudicata esiste secondo la ragione, non che i testi e l'autorità di Pothier, quando è stata pro-

nunziata una sentenza, quando è stato deciso in giudizio un punto litigioso; spesso sarà possibile, e delle volte anche facilissimo che si annulli la sentenza, e se ne faccia fare una diversa. Le sentenze possono impugnarsi ora con mezzi che diconsi *ordinari* (l'opposizione e l'appello) i quali appena intentati, e innanzi che si fosse deciso, tornano in quistione le cose, ora con mezzi *straordinari* (come il ricorso) i quali fan rimanere efficace la sentenza fino a che l'autorità competente non la ritratti. Ma se una sentenza può alle volte esser cassa, e con maggiore o minor facilità, si debbono distinguere tre specie di sentenze (*quelle* che si possono impugnare *anche con un mezzo* ordinario; quelle che lo *possono solo* essere con un mezzo straordinario, e quelle infine che non si possono affatto impugnare) sarà sempre vero che la proposizione del magistrato è *res judicata* e deve quindi *pro veritate haberi* fino a quando lo affare non sia rimesso in quistione. La cosa giudicata è unicamente nel dispositivo della sentenza, e non già nei suoi motivi (i quali possono consultarsi per ispiegarne il senso se oscuro), soltanto *in quelle parti di* esso che troncano una *controversia* e non in quelle che porgono delle enunciazioni.

Deve dunque rigettarsi una domanda (di un attore principale o di un convenuto, attore nella eccezione) per la quale si torna in quistione (non coi rimedii speciali autorizzati dalla legge) un punto già deciso. Ma con quali norme sarà determinato, se la quistione proposta in una seconda lite debba aversi per la medesima giudicata in una prima?

Ci vogliono tre condizioni: 1° che l'oggetto della domanda sia il medesimo; 2° che *la* domanda sia fondata sulla medesi*ma causa*; 3° che si contenda fra le me*desime* parti. In altri termini: identità dell'oggetto, identità della causa, identità delle parti (art. 1351 (1305), nn. 1 e 2).

CLXXIII. — *Identità dell' oggetto*. Semplicissima è la prima idea, ma le false spiegazioni dei commentatori l' han fatto sembrare alle volte difficile, come più difficile fecero la seconda.

Si pensò che la regola della identità dell' oggetto si dovesse spiegare con gli assiomi *Pars in toto*, *Non in parte totum*; — e se n' è inferito non potersi più domandare una parte quando non è stata fatta buona la domanda del tutto, ma invece potersi domandare il tutto quanto si è perduto per solo una parte. Essendosi giudicato che Pietro non abbia il dritto di passare sul mio terreno *a piedi e con vettura*, egli non potrebbe più pretendere di passarvi *soltanto a piedi*; per lo incontro, sendosi giudicato di non avere il dritto del passaggio *a piedi*, potrebbe pretendere di passarvi *a piedi* e *con vettura*.

Il vero è tutt'altro; essendo difficile il conoscere se l'oggetto che oggi si domanda sia stato o no negato da una precedente sentenza; deesi ravvicinare la proposizione giudicata con quella che si vuol fare giudicare, affin di conoscere se siano o no tra loro contraddittorie; quindi colui che (in una lite in cui è rimasto succumbente) chiedeva di passare *a piedi e con la vettura*, può sempre ottenere di passare *soltanto a piedi*; colui che chiedeva di passare a piedi, non potrebbe ottenere di passare con vettura e *a piedi*; in breve, colui che si riconosce non aver dritto all'intero, può non aver dritto ad una parte, ma chi si riconosce non aver dritto ad una parte (e che può averne alle altre parti) non potrebbe aver dritto all'intero (articolo 1351 (1305), nn. 3 a 5).

CLXXIV. — *Identità della causa*. — Le strane spiegazioni degl'interpetri han reso molto più difficile di quel che non sia, un punto per se abbastanza delicato, il conoscere che cosa vuolsi intendere per causa d'una domanda. Gli uni han confuso la *Causa coi Mezzi*; gli altri con una strana aberrazione, l'han confuso per fino con lo *Oggetto*.

Facilmente si può non incorrere in quest'ultimo e grosso errore, perocchè l'oggetto della domanda è la cosa che si vuole ottenere, mentre la causa di essa ne è il fondamento; così facilmente distinguesi l' oggetto dalla causa, rispondendo ai seguenti

nano loro favorevoli, non già in quelle che sarebbero dannose, perocchè la persona che ha litigato, avendo un rapporto con quelle cui la sentenza si oppone, ha mandato onde migliorarne la condizione, non peggiorarla (vedi art. 1351 (1305), n. 13).

Del resto, il principio che non esiste cosa giudicata per coloro che non sono stati parti, ovvero rappresentati nella sentenza, non è subordinato come alle volte si è detto, allo esercizio della *Opposizione di terzo*; la quale mira a provare che si è terzo rispetto ad una sentenza, ma non già ad arrestarne la esecuzione; non riguarda la forza probante, ma la forza esecutiva; la pruová della qualità di terzo non è subordinata alla opposizione di terzo, ma questa a quella.—La quistione se lo scopo cui tende la opposizione di terzo non potrebbe senza di essa conseguirsi, deve risolversi con una distinzione. In generale, deve rispondersi del sì, ma la opposizione di terzo è necessaria per il terzo, quando la sentenza non potrebbe eseguirsi rispetto a quello contro cui si è ottenuta senza eseguirsi per ciò, e necessariamente contro il terzo (art. 1351 (1305), n. 14).

CLXXX. — *Influenza del giudizio penale sul civile.* — Il Codice Napoleone richiede soltanto per due domande civili, identità di oggetto, identità di causa, e identità di parti; ma ove una quistione si proponga innanzi un tribunale civile, che è stata decisa dal magistrato criminale, si presumerà la cosa giudicata, benchè non possano concorrere le tre condizioni. Diciamo non possano, però che il pubblico ministero che non può domandare il ristoro pecuniario del danno arrecato, non possa rappresentare la persona che unicamente può richiedere quel ristoro.

Non vi potrà nemmeno essere identità d'oggetto perocchè questo è nel penale l'applicazione di una pena, e nel civile il pagamento di danni-interessi; sarebbe assurdo il sostenere che tutt'uno sieno la morte e i lavori forzati che domanda il pubblico ministero, e le somme da me richieste. Ma dal non essere identiche le parti, nè identico l'oggetto, checchè ne dica il più degli scrittori, non si può inferire con alcuni di non esservi cosa giudicata; le tre condizioni si richiedono solo per due decisioni civili. È molto logico che colui che ha fatto giudicare col mandatario della società, di non essere mai avvenuto il fatto di cui *era* accusato, non possa per quel preteso fatto esser più condannato, e reciprocamente, colui che è stato solennemente condannato, come colpevole di un reato, posciachè fu difeso con tutte le garenzie, non possa legalmente pruovare la sua innocenza; per altro da varî testi di legge confermasi che la cosa giudicata nel penale avrà nel civile tutta la sua forza.

Ma se non si debbono richiedere *le tre* riferite condizioni, è sempre necessario che ciò si pretende legalmente provato dalla sentenza, sia quello appunto deciso da essa, e che poteva essere deciso dal magistrato penale. Un tribunale criminale giudica solo se esista il fatto che ad alcuno si imputa, se l'imputato ne sia l'autore, e se il fatto sia imputabile penalmente, e non se esso costituisca un delitto civile, o un quasi-delitto; di che seguita che colui che è dichiarato non colpevole dell'omicidio per imprudenza, può essere condannato civilmente ai danni-interessi, come colpevole di un quasi-delitto.

Infatti la imprudenza ha i suoi gradi, e perciò essa può non meritare una condanna di prigionia, e invece può dar luogo al ristoro di un danno cagionato.

§ 2. — *Delle presunzioni semplicemente legali.*

CLXXXI.—Dicesi presunzione legale semplice *o juris tantum*, quella stabilita dalla legge, ma che non trae la nullità dell'atto, o un mezzo d'inammessibilità contro la domanda giudiziale. Presunzione di tal natura è la regola in fatto di successione,

con cui si determina, secondo l'età e il sesso, in qual ordine sieno morte più persone nel medesimo avvenimento. Questa presunzione fa sempre pruova piena per chi la propone a suo vantaggio, nè il giudice potrebbe mai richiedere da lui altra giustificazione, pena lo annullamento delle sue statuizioni; ma potrà soltanto essere combattuta da una pruova contraria, che il giudice terrà più conveniente, qualunque ella sia, fondata anche su semplici presunzioni di fatto, poichè la legge le ammette come mezzo di pruova (art. 1352 (1306)).

§ 3. — *Delle presunzioni di fatto.*

CLXXXII. — La presunzione di fatto o presunzione dell' uomo non è stabilita da alcun testo della legge, ma è cavata dal giudice, dai fatti e dalle circostanze della lite. Egli potrà solo servirsi di cotesto mezzo di pruova nei casi in cui è permessa la pruova testimoniale (1). Debbono ammettersi le presunzioni gravi, ma la loro importanza sarà dal giudice valutata; può bastargliene una sola, come un solo testimone nella pruova testimoniale.

Da tal facoltà del giudice emerge, l'obbligo di pruovare non essere rigoroso, come potrebbe credersi, però che non sempre, ma quando è permessa la pruova testimoniale, basti che nell'animo del giudice si presenti probabile la pretensione e tale da distruggere, secondo i casi, le stesse presunzioni di legge: cosa per altro giustissima, poichè quest'ultime sono congetture, come quelle dell'uomo, che possono più facilmente essere inesatte, essendo stabilite per tutti i casi, senza distinzione di circostanze speciali ai singoli affari (articolo 1353 (1307)).

SEZIONE IV.

DELLA CONFESSIONE.

CLXXXIII.—La confessione è una dichiarazione con cui si riconosce positivamente un fatto come vero rispetto a noi. Essa è giudiziale o stragiudiziale secondo si fa o no in giudizio (art. 1354 (1308)).

CLXXXIV. — *Confessione giudiziale.*— Deve farsi o all' udienza stessa, o in un interrogatorio sopra fatti ed articoli, o per lo meno essere scritta in un atto legale di procedura; ma non è necessario si faccia nella istanza medesima in cui se ne vuol giovare la parte avversa; un fatto avuto per vero in un primo giudizio, non può essere falso nel secondo. La confessione che può far perdere alla parte la causa, dee farsi dalla parte capace di disporre dell' oggetto di essa causa, o da un suo mandatario costituito con ispeciale pruova (articolo 1356 (1310)).

La confessione giudiziale eseguita secondo le regole, e intorno a fatti per cui *non* è vietata, fa piena pruova contro colui che l'ha fatta. Un'osservazione intorno alla confessione composta. La confessione è semplice se si riconosce il fatto allegato senza modificazioni, nè aggiunzioni; è composta se si riconosce il fatto allegato, accompagnandovi altri fatti che lo modificano, e ne alterano o distruggono le conseguenze.

In quest'ultimo caso fa mestieri distinguere se il fatto o i fatti che seguono il principale hanno o no con esso un intimo rapporto, una naturale connessione. La quale essendovi, si tengono ragionevolmente i fatti accessori come parte integrante della confessione, nè l'avversario potrebbe atte-

(1) Specialmente in tutti i casi in cui si allega la frode, poichè è impossibile di aversi per essa una pruova scritta. Pei principî, non che per le dichiarazioni formali dei lavori preparatori, non dee aversi in conto alcuno, sotto questo riguardo, la maniera onde fu compilato l'art. 1353 (1307).

nersi solo al fatto principale; una confessione non può scindersi a libito della parte. Nel caso contrario non importa scindere la confessione, dividendosi dall' oggetto di essa ciò che ne è indipendente; ma l'avversario potrebbe con una pruova positiva dimostrar falsa una parte della confessione.

La confessione non si può ritrattare che per errore intorno al fatto (non per errore intorno alle conseguenze giuridiche di esso) cioè provando la materiale inesattezza del fatto confessato. Ma non potrebbe essere ritrattata, perchè l'altra parte non ne abbia domandato atto, manifestando con ciò di volerlo accettare; checchè ne abbian potuto dire, non è questo un contratto, nè è per nulla convenzionale il conoscere se un fatto sia vero o falso (art. 1356 (1310)).

CLXXXV. — *Confessione stragiudiziale.* Riguardo a tale confessione che non si fa in quelle solenni circostanze che ne garentiscono la efficacia, tutto è rimesso all'arbitrio ed alla coscienza del magistrato del fatto; per cui il legislatore non ha voluto fare alcuna regola di dritto delle sopraesposte idee. Una sola se ne è stabilita ed è: se colui che allega una confessione stragiudiziale, non potendo per iscritto, è costretto provarlo con testimoni, non potranno questi udirsi che quando per mezzo di essi si potrebbe provare il fatto che ne è l'oggetto (1355 (1309)).

Del resto non si potrebbe dire, come alle volte si è fatto, che una confessione stragiudiziale, per rinnovarsi che faccia in giudizio si muti in giudiziale. Vi sono allora due confessioni, e il magistato è libero di attenersi alla prima meglio che alla seconda (*ibid.*).

SEZIONE V.

DEL GIURAMENTO GIUDIZIALE AFFERMATIVO.

CLXXXVI. — Il giuramento è un atto civile religioso con cui s'invoca Dio a testimone della propria veracità. Sebbene di ordinario si presti colle parole « Io giuro » levando al cielo la man destra, non si potrebbero astringere a tale usanza coloro, cui ciò non è permesso dalle proprie credenze; ma per l'incontro non possono costringervisi quelli che per il loro culto ammettono un giuramento più solenne. Senza far violazione alla legge, si può consentire che questi ultimi facciano di più degli altri cittadini, ma non vi si possono astringere.

Il giuramento è giudiziale o stragiudiziale, se fatto o no in giudizio nel corso d'una lite; è affermativo o promissorio secondo che miri ad assicurare che sia sincero ciò che si dice, ovvero che siasi attenuta una promessa.

Il giuramento giudiziale affermativo, di cui dobbiamo trattare, è decisorio o suppletorio secondo che è deferito da una parte all' altra per farne dipendere la decisione, o deferito di ufficio dal giudice ad una delle parti, acciocchè la pruova incominciata si renda più piena (1357 (1311)).

§ 1. — *Del giuramento decisorio.*

CLXXXVII. — Ognuna delle parti può, con quattro condizioni deferire il giuramento al suo avversario, onde farne dipendere la decisione della lite, o di uno dei suoi punti. Così si consente di perdere la lite se l'avversario presti il giuramento dimandato, ovvero se lo riferisca all'altra parte che nega; si guadagnerà invece la causa se l'avversario non voglia nè prestare, nè deferire il giuramento, o se il giuramento che le è riferito, sia da essa medesima prestato.

Per deferirsi il giuramento richiedonsi quattro condizioni: 1° il fatto deve esser

tale da poterne dipendere la decisione della causa; ove non sia decisorio, il giudice non deferirà il giuramento. — 2° Il fatto deve esser personale a colui cui si deferisce o per lo meno al suo autore. Infatti è permesso di deferirsi il giuramento agli eredi non sul fatto stesso, ma per sapere se ne abbiano conoscenza: gli è allora un giuramento *de credulitate*. — 3° Siccome il deferire un giuramento decisorio pruduce il medesimo effetto d'una transazione, la lite deve versare su d'un oggetto intorno a cui si può transigere, ed agitarsi tra persone capaci di transigere. — 4° Infine il giuramento, secondo ciò che dicemmo al num. CLXXI, non deve deferirsi a fine di impugnare la verità d'una presunzione *juris et de jure* stabilita nel pubblico interesse.

Gli è certo, non ostante le contrarie decisioni, che il deferire il giuramento è in facoltà dell'attore (che non potrebbe mai costringersi a rimettersene alla coscienza dell'avversario che può non averne) ma non è però in facoltà del giudice il quale non può mai negarsi a deferire il giuramento, non mancando le quattro condizioni richieste.

La giurisprudenza va parimente errata giudicando che il giuramento deferito da una delle parti non sia più decisorio, ma si muti in suppletorio se la parte lo deferisce in sussidio, e tentati invano tutti gli altri mezzi.

Da una mano, la legge permette formalmente che si deferisca il giuramento decisorio in qualunque stato della causa; e dall' altra, l'essersi il giuramento deferito dalle parti (e non dal giudice) il doverne dipendere la decisione della lite (e non servire a far piena una pruova già cominciata) sono i caratteri proprî del giuramento decisorio (art. 1358-1360 (1312-1314)).

CLXXXVIII. — Quegli cui si deferisce il giuramento, può, come abbiam detto, prestarlo o riferirlo alla parte avversa; purchè il fatto sia comune ad ambe le parti o almeno ad una di esse ed all'autore dell' altra (il che permette il giuramento *de credulitate*). Colui a cui si riferisce il giuramento, non può riferirlo di nuovo all'avversario perchè sarebbe il medesimo che raggirarsi in un cerchio.

Fino a tanto che il giuramento deferito o riferito non sia accettato, la parte può rivocarlo; non essendosi per anche formata la convenzione, la transazione. Ma quando la proposizione di una parte è accettata dall'altra, non si può più rivocare la proposta, tranne si provi essere stata fatta per dolo della parte avversa.

Prestato il giuramento deferito o riferito, l'effetto è irrevocabile, quand'anche si provasse falso; le qual prova non può mai farsi dalle parti perdenti, nè per ottenere i danni ed interessi, nè per impedire l'esecuzione della sentenza, e nè costituendosi parte civile in un'azione penale intentata dal pubblico ministero, nè agendo innanzi il tribunale civile. Tale impossibilità che risulta dalla natura stessa del giuramento *decisorio* (poichè altrimenti si dovrebbe ricominciare la lite per conoscere se il giuramento sia falso o vero, cotalchè esso non sarebbe punto decisorio) e che è un'applicazione dei principî, è stata poi formalmente bandita nei lavori preparatorî del Codice penale, non che dalla giurisprudenza; nè sappiam come uno scrittore abbia potuto non comprenderla (art. 1361-1364 (1315-1318)).

Il giuramento prestato o rifiutato fa prova ed è efficace soltanto fra le parti o loro aventi-causa. Così, limitandoci ad un solo esempio, il creditore in solido non è mandatario dei suoi concreditori, e questi non sono gli aventi-causa di lui, se non per conservare e migliorare il credito, ma non per transigere o rimettere il debito, quindi il giuramento prestato dal debitore, cui lo deferisce il creditore (come pur quello che proposto dal debitore fosse negato dal creditore) libererebbe soltanto il debitore per la parte che spetta al creditore (art. 1365 (1319)).

Non è meno evidente, non ostante le strane contraddizioni della giurisprudenza, che l'effetto prodotto dal giuramento prestato non potrebbe attribuirsi in generale

alla semplice accettazione seguita dalla morte della parte o da altra qualunque cagione d' impossibilità. In vero non è tutt'uno il prestare un giuramento, e la promessa di prestarlo; la convenzione allora è come non fatta, non avveratasi la condizione imposta (tranne che non si tardi a prestarlo per sola colpa dell'avversario); ciò è ragionevole, ed era anche voluto da Dumoulin (art. 1364 (1318)).

§ 2. — *Del giuramento suppletorio.*

CLXXXIX. — Il giuramento suppletorio può solo dal giudice deferirsi per far piena una pruova incominciata; ma non quando vi sia già una pruova completa (nel qual caso la domanda che si fonda su di essa deve immediatamente ammettersi) nè quando non vi sia pure un principio di pruova (nel qual caso la domanda deve respingersi); non ci vuole se non se il principio di pruova. Il quale, quando non può ammettersi la pruova testimoniale, deve risultare da una scrittura, dacchè ogni principio di pruova è una pruova (cominciata ed incompleta), e la legge allora non ne conosce altra che la scritta.

Il giudice deferisce il giuramento a quella parte che vuole (quindi non può riferirsi da una parte all'altra) ed altresì può deferire alla parte un giuramento *de credulitate*, non solo intorno ad un fatto personale all'autore della parte, ma anche intorno ad un fatto personale ad altri; perocchè qui il Codice non riproduce la regola che il giuramento deve deferirsi intorno ad un fatto personale, ma lasciando al giudice il maggiore arbitrio onde meglio informarsi (art. 1366 - 1368 (1320-1322)).

CXC. — Altra differenza fra il giuramento decisorio e il suppletorio si è, che dovendo questo istruirsi, e non avendo il carattere della transazione, il magistrato, pronunziata che avrà la sentenza che lo prescrive, può dichiararla poi come non fatta ove con altri mezzi resta pienamente convinto. Per la stessa ragione, la parte contro cui ebbe luogo il giuramento può provarne la falsità; profferita che è la sentenza, la parte perdente che potrebbe avere altri mezzi di pruova, potrebbe farli valere in appello, ed essendo ciò impossibile, con una domanda di danni-interessi. Finalmente i giudici di appello potrebbero parimente, anche senza nuovi elementi, valutar in modo diverso dai primi giudici facendo guadagnar la causa a chi in pria l'aveva perduto (*ibid.*).

Ben si comprende come col giuramento suppletorio si possa istruire il giudice intorno alla condanna, ovvero soltanto sull'ammontare di essa, essendone provato il fatto. In quest'ultimo caso può solo deferirsi all'attore, ma posciachè il giudice ha stabilito un *maximum* oltre il quale il giuramento sarebbe di nessuna efficacia (articolo 1369 (1323)).

Distinzione dei mezzi di pruova.

CXCI. — Dal fin qui detto comprendesi che i mezzi di pruova da noi indicati sul principio della materia, possono dividersi in *dieci specie* che poste secondo la maggiore o minore forza sono: 1° il Giuramento decisorio; 2° la Presunzione legale assoluta di ordine pubblico; — 3° la Confessione giudiziale; — 4° le altre Presunzioni legali assolute; — 5° la Presunzione legale semplice; — 6° la Scrittura; — 7° la Confessione stragiudiziale; — 8° la Pruova testimoniale; — 9° la Presunzione di fatto; — 10° il Giuramento suppletorio.

Coteste dieci sorte di pruove, riguardate sempre secondo il loro grado di forza, potrebbero suddividersi in cinque; esse sono:

1° Il Giuramento decisorio, e la Presunzione assoluta di ordine pubblico, che non posson *mai* distruggersi da una pruova contraria; 2° le altre *Presunzioni* assolute, e la Confessione giudiziale, che *alle*

volte possono venir meno in faccia ad una pruova contraria (la confessione di fatti può distruggersi dalla pruova che chi confessa farebbe della sua inesattezza, e la presunzione assoluta, non di ordine pubblico, può esserlo con varî mezzi, nei casi riserbati dalla legge, oltre i quali può esserlo sempre col giuramento o la confessione); 3° la Presunzione semplice e la Scrittura in faccia alle quali può ammettersi *sempre* la pruova contraria; 4° la Confessione stragiudiziale, la Pruova testimoniale, e la Presunzione di fatto che potendo sempre impugnarsi dalla pruova contraria, sono poi soggette del tutto allo arbitrio del giudice, che nella sua coscienza può trovarle convincenti o no, senza che mai gli si possa domandar ragione del suo convincimento; dei tre mezzi il secondo è men forte del primo, poichè solo in alcuni casi può ammettersi; il terzo è men del secondo, perchè il giudice non è mai costretto ad usarne; — 5° Infine il Giuramento suppletorio che è pure in facoltà del giudice, ma che deve servir sempre per far completa una pruova incominciata, non essendo per se stesso una pruova.

TITOLO V.

Del contratto di matrimonio e dei dritti rispettivi dei coniugi.

(Decretato ai 10 febbraro 1804. — Promulgato li 20).

I.—Il Codice, stabiliti nei due titoli precedenti i principî generali delle obbligazioni, ritorna ai contratti che ne sono la sorgente più comune; indicandoci in moltissimi speciali titoli le particolari regole di quei contratti che sono più importanti o più in uso. In primo luogo fu posto il contratto della società coniugale riguardo ai beni, perchè fra tutti ha maggiore importanza ed è più in uso.

Sebbene l'espressione *Contratto di matrimonio* dovesse significare il *Contratto* che dicesi *matrimonio*, il contratto che costituisce *il* matrimonio (come le parole *contratto di vendita*, *di locazione*, *ec.* indicano i contratti che costituiscono la *vendita*, la *locazione*) pure qui non ha questo senso; perocchè col nome di *Matrimonio* (tit. V del lib. I) è indicato il contratto morale che ha per oggetto l'unione delle persone, e si è chiamata *Contratto di matrimonio* la convenzione accessoria che riguarda i beni dei futuri coniugi; il *contratto di matrimonio* adunque è il contratto di società *pecuniario* del matrimonio, il contratto che si fa onde stabilire i dritti rispettivi dei coniugi *riguardo ai beni*, le quali parole debbono aggiungersi alla rubrica del nostro titolo, che senza di esse non indica bene l'oggetto, e converrebbe del pari allo stesso matrimonio, dacchè da una mano questo è pure un contratto ed il legislatore nel regolarlo, ha dovuto trattare anche (nel capitolo VI, art. 212 (201) e seg.) *dei dritti rispettivi dei coniugi*.— Del resto l'espressione *Contratto di matrimonio* è spesso anche usata per indicare la scrittura, *instrumentum* che comprova le convenzioni fatte, mentre la scrittura che comprova il matrimonio dicesi sempre *atto* di matrimonio.

II. —Avemmo una volta il destro di dire (art. 230 (218), n. I) che il Codice ammette e spiega cinque sistemi o regole di convenzioni matrimoniali, che sono: 1° la Comunione legale; 2° la Comunione convenzionale; 3° la Esclusione di comunione; 4° la Separazione di beni; e 5° la Regola

dotale. Dopo ciò non ben si comprende a primo aspetto la divisione che il nostro titolo segue, poichè esso, trattato nel primo capitolo delle *disposizioni generali*, divide tutta la materia in due parti soltanto (cap. II e III); nella prima delle quali, che ha per rubrica *Della regola di comunione*, discorre non solo della comunione legale o convenzionale, ma anche dell' esclusione di comunione e della separazione di beni; la regola dotale forma poi l'argomento del terzo ed ultimo capitolo. Così escludendosi da tre delle cinque regole la comunione, la natural divisione sembra essere la seguente: *I. Regola di comunione: 1° Comunione legale, 2° Comunione convenzionale; II. Regole senza comunione, 1° Esclusione semplice di comunione, 2° Separazione di beni, 3° Regola dotale*; ma il Codice mette nella prima classe due dei tre oggetti che spettano alla seconda, e ci porge una divisione molto strana a prima veduta: *I. Comunione, 1° Comunione legale, 2° Comunione convenzionale, 3° Esclusione di comunione, 4° Separazione di beni; II. Regola dotale.*

Spesso i compilatori del Codice, come abbiamo veduto nello studio delle precedenti materie, seguirono viziose distinzioni per mancanza di metodo, non potendosi affatto giustificare o scusare il loro disegno. Ma qui non è così. La divisione adottata in questo titolo aveva nei fatti la sua ragione, e se pare strana ove si esamini profondamente *a priori*, è invece semplicissima e naturalissima se si riguardi sotto l'aspetto storico.

Le nostre antiche provincie francesi dividevansi in paesi consuetudinarî, ed in paesi di dritto scritto. Questi che conservarono il sistema romano, seguirono la regola dotale; i primi adottarono generalmente i principî indigeni, e veramente nazionali della comunione (1). Or siccome le convenzioni escludenti la comunione, potevano unicamente farsi nei paesi consuetudinarî e non nei paesi di dritto scritto (non potendo escludersi la comunione lì ove non era ammessa), due sistemi soltanto erano seguiti al tempo della formazione del Codice: da una mano, la comunione con tutte le sue regole sussidiarie, con le quali si può modificare la regola dotale onde costituire una comunione convenzionale, o rigettarla intieramente adottando o la semplice esclusione della comunione, o la separazione di beni; dall'altra, la regola dotale.

I nostri legislatori del 1804, dopo lunghe e vivissime discussioni fra i seguaci dei due sistemi, anteposero il primo, e quindi dovettero esprimerlo qual' era nei paesi consuetudinarî e con tutti gli accessorî che lo accompagnavano. Della regola dotale non stimarono in prima necessario parlare, perchè le sue varie regole potevano seguirsi in forza di quella disposizione che dichiarava lecito ai coniugi il fare quelle convenzioni che credessero più opportune (art. 1387 (1341)). Ma incontanente i seguaci di quella regola levarono da ogni parte la voce, temendo che con quel silenzio si volesse annullarla; e quindi, a fin di tranquillare i paesi di dritto scritto, si dovette fare un capitolo espresso per la regola dotale. Pertanto il disegno del Codice nel nostro titolo, dopo i fatti esposti, riesce semplicissimo. Noi però lo muteremo nel nostro sunto in cui dobbiam seguire sempre l' ordine naturale e logico delle idee, non badando alle circostanze storiche per le quali si è potuto presentarle in un ordine diverso.

(1) Tra le provincie consuetudinarie che erano quelle del Nord della Francia, la sola Normandia per una eccezione per cui si spiega l' origine dei suoi abitanti, aveva seguito la regola dotale. I primi Normanni usciti non dalla Germania, ma dallo interno del Nord, soldati feroci, avidi conquistatori, impadronendosi della Neustria, e togliendo per se le donne dei vinti, dovettero come i primi Romani scorgere nel loro matrimonio piuttosto una relazione di padrone a schiavo che una associazione di dritti comuni, e se ben si comprende che l'elemento nazionale, il principio di comunione non abbia potuto prevalere nelle nostre provincie meridionali grandemente imbevute delle idee romane, si comprenderà del pari come quel sistema non potesse prevalere sotto il dominio Normanno.

CAPITOLO PRIMO

DISPOSIZIONI GENERALI.

La legge indicherà mano mano in questo capitolo: 1° quali convenzioni sono permesse o vietate nel matrimonio (art. 1387, 1389 (1341, 1343)); 2° i principali sistemi che possono adottarsi, per quali maniere si possono o no, da quale regola sono governati quelli che non fan contratto (art. 1390, 1393 (1344, 1347)); 3° le forme nelle quali il contratto deve stendersi, e i mutamenti che vi si posson fare (art. 1394, 1397 (1348, 1351)); 4° infine la capacità richiesta per fare tal contratto (art. 1398 (1352)).

§ 1. — *Convenzioni permesse o vietate.*

1387 (1341). — La legge non regola la società coniugale relativamente a' beni, se *non in* mancanza di speciali convenzioni che gli sposi posson fare a lor piacimento, purchè non sieno contrarie a' buoni costumi, ed in oltre colle seguenti modificazioni.

1388 (1342). — Gli sposi non possono derogare nè a' diritti risultanti dall'autorità maritale sulle persone della moglie o dei figli, o a quelli che appartengono al marito come capo della famiglia; nè a' diritti che vengono conferiti al coniuge superstite nel *titolo Della patria potestà*, ed in quello *della Minor età, della Tutela e della Emancipazione*; nè alle disposizioni proibitive del Codice.

1389 (1343). — Non possono fare alcuna convenzione o rinunzia, il di cui oggetto fosse diretto ad immutare l'ordine legale delle successioni, sia per rapporto ad essi medesimi nella successione de' loro figli o discendenti sia pèr rapporto a' figli fra loro; salve però le donazioni fra vivi o per testamento, le quali potranno aver luogo, secondo le forme e ne' casi determinati nel Codice.

SOMMARIO

I. Il contratto pecuniario di matrimonio, diverso dal morale, sviluppato nel libro primo, è regolato dalla privata volontà delle parti, che hanno intorno a ciò il maggiore arbitrio.
II. Ma però non possono farvi convenzione alcuna contraria ai buoni costumi. Quid della clausola di non rimaritarsi? Censura della dottrina degli scrittori.
III. Dritti del marito sulla persona della moglie, e dei figli. Doveri della moglie di seguire il marito; dritto di questi sulla religiosa istruzione dei figli. Qualunque stipulazione su questi due punti ed altri simiglianti si terrebbe per non fatta. Inesattezza di Rodière e Paolo Pont.
IV. Continuazione e fine delle due quistioni.
V. Dritti del marito, come capo cioè su' beni degli sposi. Errore di Toullier e di Duranton.
VI. A che estendesi la proibizione riguardo ai beni del marito, a quelli della moglie ed ai comuni. Errore di Toullier, Duranton e Zachariae.
VII. I coniugi non possono derogare a dritto alcuno derivante dalla patria potestà o dalla legittima tutela. Il testo è mal compilato; censura della dottrina di Zachariae.
VIII. Non possono essi derogare nè anco alle proibitive disposizioni del Codice. Esempi.
IX. In ultimo non possono essi cambiar l'ordine legale delle successioni, salvo l'effetto delle liberalità che posson fare, nel loro contratto, o durante il matrimonio. Sarebbe nulla la rinuncia al dritto di far liberalità. Errore di Taulier.

I. — Il *contratto di matrimonio*, qual esso qui è inteso, quello cioè che regola

i rapporti dei coniugi in riguardo ai beni, essendo un contratto pecuniario (a differenza del *contratto di matrimonio* che regola i medesimi rapporti riguardo alle persone e di cui si è parlato nel tit. V del libro I), le parti possono convenire quelle clausole che vogliono, come in qualunque altro contratto pecuniario. Così le diverse regole del contratto *morale* di matrimonio possono soltanto essere stabilite dal legislatore, nè possono modificarsi dalla volontà privata delle parti, ed invece il contratto *pecuniario* deve solo essere stabilito dalle parti, e soltanto, ove esse tacciano, si debbono seguire le regole della legge, che esprimono la loro volontà presunta. Gl'interessati hanno qui come più volte abbiamo notato, una libertà ed un arbitrio maggiore che in ogni altro contratto pecuniario; possono perciò inferire qualunque stipulazione, anche quelle proibite nei contratti ordinarî, purchè non vi sia colpa contraria alle regole proibitive di cui tratteremo; volendo favorire il matrimonio si dovevano favorire le convenzioni pecuniarie da cui spesso dipende ; chi vuole il fine, vuole i mezzi.

Per quanto degno di favore sia il matrimonio, si dovea mettere un freno allo arbitrio dei futuri coniugi, ed è il rispetto ai buoni costumi ; il qual freno sarebbe imposto dalla ragione se non lo fosse dai nostri articoli. Una moglie non potrebbe stipulare la facoltà di crearsi dei mezzi particolari togliendosi un innamorato. Ma tal principio non è sempre così semplice nella sua applicazione; in questa materia come in quella della donazione, gli scrittori discordano alle volte se la tal convenzione debba o no rigettarsi come contraria ai buoni costumi.

La qual quistione si è presentata specialmente per la condizione di non rimaritarsi.

Delvincourt (tom. II), Vazeille (art. 900 (846), n. V) e Troplong (I-52) sembra che la riguardino come sempre valida ; Pezzani al contrario la dichiara assolutamente nulla; Duranton (VIII, 128), Paolo Pont e Rodière (I, 52) la vogliono valida o nulla secondo che è o no fondata *sopra un ragionevole motivo*. Forse quest'ultima sentenza è esatta in sostanza e nella mente dei suoi autori, ma a noi sembra mal presentata e fondata sopra una idea molto superficiale. La quistione si deve decidere non per la cagione che ha fatto inserire la clausola, ma dal conoscere se i contraenti ebbero in mira o no di impedire il secondo matrimonio.

E primieramente , una convenzione assoluta di rimaritarsi , una clausola con cui un successivo matrimonio sarebbe del tutto vietato al superstite , sarebbe sempre nulla, per quanto ragionevole e grave potesse essere la cagione per cui si è inserita nel contratto. I dubbî non possono sorgere intorno ad una tale stipulazione, ma solo intorno a quella per cui il superstite ha la scelta fra il novello matrimonio, e un sagrificio pecuniario.

Or la clausola di non rimaritarsi senza alcun danno pecuniario, sarà nulla o valida secondo che l'impedimento che si reca al susseguente matrimonio sarà o no il fine propostosi.

La disposizione di non rimaritarsi, se si è voluto con essa impedire il nuovo matrimonio, sarà nulla. Ma se invece lo impedimento al nuovo matrimonio è posto per lecito fine ; se il sagrificio del sopravvivente onde potersi rimaritare era non per impedire il suo matrimonio o per punirlo di averlo contratto, ma semplicemente per ricompensare gli svantaggi che il matrimonio poteva recare a taluno, la clausola è valida. Nel secondo caso è valida, dappoichè la convenzione ha alla fine per oggetto di regolare pecuniarî interessi, in cui entra in secondo luogo l' idea del nuovo matrimonio ; ma è nulla nel primo caso, perchè l'impedimento al nuovo matrimonio essendo allora il fine propostosi, si prende come oggetto della convenzione anco la libertà dell'individuo , o a dir meglio una cosa che non è materia di convenzione. Non si dimentichi che qui parlasi solo del contratto *pecuniario* di matrimonio , un contratto che regola l' associazione delle parti in *riguardo ai beni*; e che la parte

morale di tale associazione non è regolata dal nostro titolo nè dalla privata volontà delle parti, ma dalla stessa legge secondo il titolo V del I libro.

Non è quistione di dritto se tal convenzione sia o no contraria ai buoni costumi; ma è cosa di fatto che valuterà il giudice.

III. — Interdette ai coniugi nello articolo 1387 (1341) tutte le clausole contrarie ai buoni costumi, è loro proibito dall'art. 1388 (1342) di far quelle che potrebbero derogare: 1° ai dritti che risultano dalla potestà maritale sulla persona della moglie e dei figli, spettanti al marito come capo; 2° ai dritti dati al sopravvivente dei coniugi dai titoli della *Potestà patria* e della *Tutela*; 3° alle varie disposizioni proibitive del Codice Napoleone.

Non si può derogare ai dritti che la potestà maritale conferisce al coniuge sui figli. Non si potrebbe stipulare che la moglie non sarà obbligata di abitare col marito (art. 214 (203)) o che essa potrà dare da se sola il consenso al matrimonio dei figli (art. 148 (163)).

Il divieto di siffatte stipulazioni e di quelle che spiegheremo, comprendesi nella regola generale, che proibisce ogni convenzione contraria ai buoni costumi, essendo elle vietate, perchè contrarie ai buoni costumi, all'ordine, alle sociali convenienze. Sono d'altronde delle regole che rapportansi al lato morale della associazione coniugale; or come si è da noi detto, i coniugi possono soltanto fare speciali convenzioni, *quanto ai beni* e per il lato *pecuniario* della associazione. Tutto ciò che è regolato dai titoli del *Matrimonio*, della *Tutela*, della *Patria potestà*, è determinato indipendentemente dalla privata volontà degli individui, e perciò il legislatore non avrebbe dovuto logicamente parlarne. Che tutte le convenzioni a ciò relative sieno proscritte, sorge abbastanza, e forse più chiaramente, dal gran fatto fondamentale, che qui si tratta del contratto *pecuniario* del matrimonio, e che per ciò che riguarda il contratto morale, cioè il *matrimonio* e le sue varie conseguenze, nulla può essere lasciato alla privata volontà dei cittadini, ed ogni cosa deve esser regolata dalle disposizioni della autorità legislativa, interpretata e applicata dalle decisioni dell'autorità giudiziaria. Rodière e Paolo Pont, perduto di mira questo gran principio, insegnano che taluna delle convenzioni, di cui qui è discorso, potrebbe se non produrre una rigorosa obbligazione, avere una tal quale forza. E così, ricordato in pria il principio che obbliga la moglie a seguire il marito ovunque ei risieda, dicono che i tribunali potrebbero dispensar la moglie da tal dovere se il soggiorno fosse per lei pericoloso; soggiungendo doversi di raro accordare la dispensa, se intorno a ciò tace il contratto di matrimonio, ma facilmente se la moglie si è riserbato tal dritto nel contratto. Insegnano del pari che ove discordino i due coniugi in qual religione debba educarsi un figlio, sarebbero importanti le particolari convenzioni fatte intorno a ciò nel contratto di matrimonio, e che la moglie potrebbe chiamare il marito innanzi i magistrati, perchè non ha adempito alle convenzioni (tomo I, nn. 55 e 57).

Ma non è tutto ciò inesattissimo? non è chiaro che l'istruzione religiosa da darsi ai figli ed il dovere della moglie di seguire ovunque il marito, salvo la dispensa se necessaria, son cose che non possono essere in modo alcuno oggetto di private convenzioni, e per le quali le clausole del contratto del matrimonio sono del tutto di niuna importanza e come non fatte? Questi ed altri simiglianti punti sono regolati dalla legge, salvo l' intervento del *magistrato* per interpretare ed applicare le regole legali; possono solo essere stabiliti dalla autorità e non mai dalla volontà privata delle parti. Con ragione adunque Duranton (XIV, 24), Zachariae (III, p. 402) insegnano che la convenzione molto comune per parte di un coniuge di diversa religione, di educare le figlie nella religione della madre, e i figli in quella del padre, non ha alcuna efficacia civile (1).

(1) Vedi pure in questo senso Taulier (tom. V, p. 19); Odier (tom. II, n. 628); Troplong (tom. I,

IV. — Ma negando in tal modo ogni effetto alle convenzioni delle parti intorno ai due riferiti punti, e intorno agli altri di simil natura, come debbono tali punti decidersi? Deve ammettersi forse, sotto questa riserba e per il dippiù, la dottrina di Paolo Pont e Rodiére?

Quanto al primo punto, non accostandoci a cotesti scrittori, diciamo che se il luogo ove il marito pretende menare la moglie fosse tale da porre in rischio la propria esistenza o offenderne gravemente il pudore, i tribunali, giudici dei fatti e interpetri della legge, potrebbero e dovrebbero dichiarare inapplicabile al caso una regola che non può certo estendersi a ciò che è contrario alle leggi della morale o della umanità. Cotesta dottrina che ci sembra la meno contraddittoria, è stata applicata da una sentenza di Senlis dei 9 ott. 1835.

Intorno al secondo punto, Rodiére e Paolo Pont insegnano che non al solo marito, ma a lui insieme colla moglie spetta il determinare la istruzione morale e religiosa dei figli. Essi si fondano sull'articolo 203 (193) che impone ai coniugi l'obbligo di educare i figli; e facendo notare che come il dovere di entrambi deve esser pure il dritto correlativo, ne conchiudono che la madre partecipa in tal modo l'autorità col padre, da ciò inferiscono che essendovi su ciò dissenso tra i coniugi, sia bisogno ricorrere ai tribunali, onde determinare il *quid melius*.

Secondo noi è questo un errore. Vero si è che in principio l'autorità sui figli si appartiene ai due coniugi insieme, che nella legge civile come nella divina devono formare un anima sola, siccome una sola carne, *duo in carne una*, e dovrebbero esser sempre in perfetta armonia. Ma siccome questa armonia perfetta non potrebbe esister sempre, si è dovuto prevedere il dissenso, e per questo si è conferito a un solo dei due genitori l'esclusivo esercizio della autorità; per tutti i possibili casi è d'uopo che un sol capo fosse nella casa. È tale la teoria del Codice manifestata ad ogni passo della legge. Ben è vero che lo art. 203 (193) dà un comune dovere ai due coniugi d'onde ne deriva un dritto ugualmente comune; vero è anche che lo art. 148 (163) richiede per il matrimonio dei figli il comune consenso del padre e della madre; e che l'art. 372 (288) nello stabilire il gran principio generale di cui sono applicazione le altre regole, dichiara che il figlio fino alla sua emancipazione è sottoposto alla comune autorità del padre e della madre. Ma la legge aggiunge che se vi ha dissenso tra i coniugi, la volontà del padre prevale (art. 148 (163)); e dopo bandito il principio della autorità comune al padre e alla madre; dichiara (articolo 373 (289)) che il *padre solo* esercita l'autorità. Essendo discordanti i coniugi, spetta adunque al padre dirigere l'istruzione e la educazione dei figli sì per la religione e sì per tutt'altro.

Gli abusi non si permettono: se il padre sotto il nome di religione volesse imporre ai figli dottrine riprovate dalla morale, potrebbe la madre richiamarsene ai tribunali. Se un tal padre volesse che i figli abbracciassero il maomettismo, o i falsi principî religiosi di qualche sognatore, come il Fourier, niun dubbio che *sulla* domanda della moglie debbano i tribunali togliere ad un tal padre il dritto di dirigere la educazione dei figli. Ma la teoria che permette lo intervento dei tribunali nei casi di abuso, per la ragione che l'autorità data al marito non può sorpassare i limiti della morale; è molto diversa dalla dottrina di Paolo Pont e Rodiére, la quale per il preteso principio (smentito dall'articolo 373 (289)) che la madre partecipa col marito l'esercizio della autorità, permette che i tribunali intervengano per cercare il *quid melius*, essendovi discordanza tra i due capi. Non si ammette da noi, come da questi scrittori, che il marito il quale dopo il matrimonio abbracci una nuova religione, p. e. dal giudaismo passi al cristianesimo, dal cattolicismo al protestantismo, o *viceversa*, potesse educare

n. 61); Gilbert (*Codice Napoleone annotato*, articolo 1888 (1760), n. 2).

i suoi figli nella nuova religione se ne ottenesse il consenso dalla moglie o dal magistrato. Non due, ma un solo è il capo nella casa, cioè il marito. Se questi professa una nuova religione, ei la crede vera; perciò è dover suo il comunicarla ai figli. Se s'inganna ne rende conto a Dio, non ai tribunali, i quali non debbono entrare nella coscienza dell'uomo. I tribunali possono solo intervenire quando il marito sorpassa i limiti della sua autorità, che sono quelli della morale (1).

V. — Dopo i dritti che la qualità di marito dà a questi *sulla persona* della moglie e dei figli, seguono quelli che gli dà la stessa *qualità quanto ai beni*, e come capo della *società* pecuniaria.

È questo il senso delle parole *come capo*, non ben compreso da molti scrittori, e specialmente da Toullier (XII-309) e da Duranton (XIV-266). Pensano cotesti scrittori che trattasi ancora dei dritti, che il marito, come capo della società morale, ha sulla persona della moglie e dei figli; ma gli è questo un errore dimostrato dal testo dell'art. 1388 (T) e dalla discussione fattane al Consiglio di Stato. Quando si *proibisce* diffinitivamente e successivamente ogni convenzione che derogherebbe ai dritti — *che ha il marito sulla persona della moglie e dei figli, o che gli appartengono come capo*, intendesi dire nella seconda frase, di altri dritti oltre a quelli di cui parla la prima, dei dritti che non hanno più per oggetto la persona della moglie e dei figli, bensì i beni... D'altronde, la discussione del Consiglio non ne lascia dubitare. Maleville, Berenger e Bigot-Preameneu chiedono si togliessero le parole *o che appartengono al marito come capo*, poichè possono far credere che la moglie *non debba* aver mai la *libera disposizione dei suoi beni nè anco dei parafernali*; che era meglio dire singolarmente le clausole *relative ai beni* che non possono stipularsi: che la frase censurata lascia dei dubbi, e non definisce chiaramente i dritti del marito (come capo e quanto ai beni) ai quali non si potrà derogare. Berlier, Tronchet, Treilhard e Réal rispondono che i dritti del marito *come capo* son definiti *dallo stesso titolo discusso*; che esiste sì stretta unione tra l'autorità sulla persona, *e quella sui beni* che torna impossibile il separarli per intero, che l'enunciazione per singolo richiesta per il secondo punto farebbe nascere pericolose omissioni; che il divieto di potere la moglie alienare senza il consenso del marito *anche i suoi beni parafernali*, è stabilito dall'art. 217 (206) e che tanto il sistema di Maleville, e di altri distruggerebbe una disposizione votata e ricevuta con unanime plauso (Fenet, tom. XIII, pagina 542-546). In tal modo quei che volevano soppressa la frase, e quei che la volevano conservata, intendono applicarla alla autorità del marito sui beni, siccome le precedenti parole applicansi alla sua autorità sulla persona. I dubbi, diceva Bigot, possono essere sulla disposizione e non sul suo fine; e se poteva dubitarsi contro a quali clausole relative ai beni era il divieto di questa regola, era certo il divieto delle clausole relative ai beni.

Tai dubbi non furon tolti dalla riportata discussione, e noi vogliam sapere quali sieno le clausole relative ai beni proibite, perchè attentano ai dritti del marito come capo; è da esaminarsi la quistione sì pei beni proprî del marito, che per quei della moglie, e pei beni comuni ad entrambi.

VI. — Pei beni del marito non vi può essere difficoltà; e bisognerebbe dichiarar nulla ogni convenzione, con la quale il coniuge attentasse al suo dritto di disporre o di amministrare i proprî beni. Stipulare che il marito s'interdica di amministrare tutti o una parte dei suoi beni, o che rinunzii ad alienarli senza il permesso della moglie, sarebbe un distruggere l'ordine ed offendere la dignità maritale.

Pei beni proprî della moglie non è così; i coniugi possono col maggiore arbitrio fare quelle convenzioni che stimano me-

(1) Tale sembra essere la dottrina messa innanzi dopo noi da Troplong (I, 61); che pure non esamina i diversi lati della quistione.

glio. Pure questa libertà non è assoluta. P. e. il contratto non potrebbe dare alla moglie il dritto di alienare i suoi beni, nè in tutto nè in parte senza l'autorizzazione del marito (o del giudice se quei si ricusi). Sotto qualunque regola anche sotto la separazione dei beni, o per i parafernali sotto la regola dotale, la moglie non potrà mai esser dispensata dell'autorizzazione, non ostante la falsa idea di Maleville nella succennata discussione, la quale idea è smentita dai testi formali della legge.

L'art. 1538 (T) per la separazione dei beni, l'art. 1576 (1389) per i parafernali della regola dotale dichiarano che la moglie non potrà esser dispensata dell'autorizzazione, *in alcun caso nè mercè stipulazione alcuna*. E siccome non si poteva con astuzia sottrarsi alla regola per mezzo di una generale autorizzazione avuta prima (con ciò si sarebbe preteso essersi rispettata la autorità maritale, dappoichè vi era stato un permesso chiesto dalla moglie, e accordato dal marito). Il legislatore riguardando quella autorizzazione come abdicazione del dritto e del dovere d'invigilare, e di valutare ogni alienazione che farebbe la moglie, espressamente dichiara *(ibid.)* nulla ogni generale autorizzazione data nel contratto di matrimonio o poi.

Ma se la moglie non può stipular mai il dritto di alienare i suoi beni senza speciale autorizzazione del marito, può bensì sotto qualunque regola stipulare invece quello di amministrarli e di goderne. Lo può in pria giusta i termini formali della legge o sotto la regola della separazione dei beni (art. 1536 (T)), o pei suoi beni parafernali secondo la regola dotale (art. 1577 (1389)). Or potendo in alcuni casi darsi alla moglie il dritto di amministrare e di godere i suoi beni, esso non è dunque legato alla qualità del marito, potendo essergli tolto senza che si attenti al suo primato come capo, nè è tra le regole d'ordine pubblico alle quali secondo l'art. 6 (7) non si può derogare nelle convenzioni. Un tal diritto adunque potrà esser dato alla moglie in tutti i casi, tanto sotto la regola di comunione o di esclusione di questa, quanto sotto la regola di separazione dei beni, o sotto la dotale (1).

Una tale convenzione può farsi sotto la regola di comunione. Bene è vero che di ordinario la stipulazione di comunione dà al marito l'amministrazione dei beni personali della moglie (art. 1428 (1399)); ed alla comunione il godimento di *tali beni* (art. 1401 (T), 2°); ma da ciò segue una modificazione al sistema di comunione prescritto dalla legge, e l'adozione d'una convenzionale comunione invece di quella legale.

Arroge potersi fare questa convenzione anche con la regola esclusiva di comunione; ma a togliere ogni equivoco e ad evitare una quistione di parole come quella che fanno parecchi scrittori in occasione della regola dotale, dobbiam fare la seguente osservazione. Se le parti dopo aver dichiarato che vogliono adottare l'esclusione della comunione, aggiungono che la moglie serberà l'amministrazione *ed* il godimento di tutti i suoi beni, *tale* stipulazione sarà validissima (perciò diciam noi questa clausola permessa ai coniugi che adottano la esclusione della comunione); ma non esisterà allora la semplice esclusione di comunione, bensì la regola della separazione dei beni. La differenza tra l'esclusione della comunione e la separazione dei beni si è, che l'amministrazione ed il godimento dei beni della moglie spetta al marito nel primo caso, alla moglie nel secondo (artic. 1533 e 1536 (TT)). Dunque allorchè il dritto di amministrare e di godere è riserbato alla moglie solo per una parte dei suoi beni, può esistere la regola conosciuta sotto il nome di esclusione di comunione, ed i coniugi che dànno un tal dritto alla moglie per

(1) Per la ragione medesima, può un terzo nel far donazione alla moglie in comunione imporre alla sua liberalità la condizione che la moglie amministrerà e si godrà i beni donati (*Vedi* la spiegazione dell'art. 1543 (1356), n. III).

tutti i suoi beni, adottano con ciò la separazione dei beni, abbenchè abbiano potuto usare espressioni non proprie. Onde tutto prevedere aggiungiamo che se le parti avessero creduto dividere l'amministrazione dal godimento, con dire che adottano l'esclusione di comunione, ed in conseguenza la disposizione sulle rendite dei beni della moglie apparterrà al marito, ma pure l'amministrazione alla moglie, una sì strana clausola dovrebbe annullarsi come offensiva al marito, al quale interdirebbe l'amministrazione de' beni, di cui ha l'usufrutto.

Altra analoga osservazione riguardo alla regola *dotale*, non tra questa ed un'altra, ma tra i beni dotali ed i parafernali. Dopo essersi dalle parti adottata la regola dotale, e dichiarato che gli immobili appartenenti alla moglie le sono costituiti in dote, possono convenire che l'amministrazione ed il godimento di essi resteranno alla moglie; ma da ciò deriverà che gl'immobili che apparissero dotali saranno parafernali. Imperocchè sotto la regola dotale sono dotali i beni amministrati e goduti dal marito, e parafernali quelli amministrati e goduti dalla moglie (art. 1549 e *1576* (*1362*, 1389)).

« *Cosa fa*, dice Merlin, una donna, che maritandosi sotto la regola dotale si riserba i frutti dei beni da essa costituiti in dote? Dichiara implicitamente che i beni costituitisi in dote saranno dotali solo di nome, e che li possederà quali parafernali » (*Repertorio*, alla parola *Dote*, § 5, III).

Come adunque spiegare la controversia su ciò tra Tessier (tom. I, pag. 86) che crede nulla la stipulazione con cui la moglie si riserba l'amministrazione dei beni *costituitisi in* dote, e Paolo Pont e Rodiére (I, 64) che la sostengono valida? Non hanno entrambi ragione, e non è questo un equivoco? Non vi ha dubbio, la moglie può, dichiarando dotale l'immobile, riserbarsene la amministrazione e il godimento, e così Paolo Pont e Rodiére han ragione; ma anche con tal riserba i beni qualificati dotali saranno parafernali, e Tessier non ha torto nel dire che la moglie non può avere la amministrazione dei beni dotali! Alla fine sarà una quistione d'interpretazione. Dove si potrà credere che le parti, quand'anche abbiano distinto gl'immobili dotali ed i parafernali, non hanno compreso il senso preciso della prima qualificazione e non avuto per veramente dotali gl' immobili, dovrà esser valida la clausola di amministrazione per la moglie, con dire che i beni qualificati dotali sono parafernali. Allorchè le parti riserbando l'amministrazione alla moglie, avrebbero espressa la volontà di una vera regola dotale, con dire p. e.: « Tali beni restano parafernali, tal'altri dotali, e perciò inalienabili, e sottoposti al godimento del marito, ma restando sotto l' amministrazione della moglie », allora, essendo forza riconoscere che gli immobili sono realmente dotali, bisognerebbe dichiarar nulla, perchè contraria al primato del marito, la clausola che ritoglie a questi l'amministrazione dei beni, le cui rendite gli appartengono. È dunque questa una quistione d'interpretazione, in cui devesi decidere quali delle due clausole contraddittorie nel contratto debba prevalere; ciò decide chiaramente una decisione della suprema Corte (1).

Stabilito quel che riguarda tanto i beni propri del marito, quanto quei della moglie, parleremo ora dei beni ad entrambi

(1) Rig., 2 marzo 1838 (Dev., 37, I, 193). — Il caso più difficile nel proposito è quello in cui i coniugi avrebbero solo per la inalienabilità dichiarato dotali gli immobili dandone alla moglie il godimento e l'amministrazione; di queste due clausole l'una di vera regola dotale, e che produce l'inalienabilità, l'altra di godimento e di amministrazione per parte della moglie, l'una a sentimento nostro deve necessariamente venir meno; perchè se l'amministrazione e i lucri dei beni restano alla moglie, essi non sono dotali, perciò non possono essere inalienabili. Dunque una delle due clausole deve cancellarsi: ma quale, supposto che tutto insieme il contratto non manifesti se le parti mettano più importanza all'una che all'altra? Noi avvisiamo che in parità di cose debba cancellarsi quella d'inalienabilità perchè è semplicissimo il dritto di amministrare la moglie i suoi beni, mentre la inalienabilità dei beni è una regola esorbitante rigorosissima, e che deve ammettersi con maggiore difficoltà.

comuni, sì per la comunione propriamente detta, che per la semplice società d' acquisti, comunione più ristretta che può stare con la regola dotale o con altra. Per questi beni comuni potrebbesi convenire anche per derogazione all' art. 1421 (T) la amministrazione sarà della moglie, o se non altro non potrà il marito alienare senza il consenso di lei? Non ostante quel che ne pensino in contrario Toullier (XII, 309), Duranton (XIV, 266) e Zachariae (III, p. 401, n. 1), non esitiamo a dir di no. Il marito è in tutto il rigore del termine il *capo* della comunione coniugale, il supremo direttore dei comuni beni; si violerebbero gravemente i dritti conferitigli dalla legge nella qualità di capo, ove si spogliasse del dritto di amministrazione, e si riducesse a chiedere al giudice il permesso di alienare, che gli verrebbe negato da sua moglie di già padrona! Come non vedere che il bisogno di chiedere il permesso dalla moglie, e rifiutato da questa, dal giudice, sarebbe umiliante e contrario alla dignità maritale! La regola sarà la stessa per i beni anche immobiliari messi in comunione con la moglie, quanto per quelli acquistati durante il matrimonio; dappoichè posti in comunione non appartengono più alla moglie, ed unitamente agli altri fan parte di quel fondo comune, di quella massa sociale di cui è capo supremo il marito.

Queste idee non son dubbie, e la contraria decisione di Zachariae è senza motivo nè formale, nè implicito; la ragione che ne dànno Toullier e Duranton è sull'idea falsa e respinta nel n. V che colle parole *dritti appartenenti al marito come capo*, la legge intenda parlare dei dritti *sulla persona* della moglie o dei figli; i nuovi scrittori, i quali trattano tal materia, abbracciano la dottrina da noi professata (1).

Diciamo in fine, che gli sposi non potrebbero nè sotto la forma di un mandato, nè in tutt' altro modo dar dritti alla moglie che non possono appartenerle. In tal modo potrebbe il marito senza dubbio alcuno, tanto nel contratto di matrimonio, che in un atto posteriore, dare alla sua moglie il mandato di vendere per lui tali e tali beni che gli son proprî, o che appartengono alla comunione, o darle l' amministrazione di una parte o di tutti i beni comuni o di proprietà di lui; ma tali procure dovranno esser sempre momentanee, revocabili; e qualunque mandato che *alla* moglie darebbe irrevocabilmente per tutto il tempo del matrimonio, un dritto che è solo del marito sarebbe nullo, dappoichè allora costui per una costituzione di *semplice* mandatario si spoglierebbe dei dritti di cui dev'esser sempre rivestito.

VII. — La seconda classe dei dritti ai quali secondo l' art. 1388 (1342) non si può derogare con le clausole del contratto, racchiude giusta il testo quelli conferiti al SUPERSTITE dei coniugi con i due titoli della *Patria potestà e della Tutela*. Ma poichè Zachariae ha abusato dell'espressione troppo ristretta, crediamo importante osservare che quella maniera non è del tutto compita, mentre la legge ha voluto dire *agli sposi o al superstite di essi*. Giudaicamente argomentando dalle parole dell'articolo, Zachariae (III, p. 401, n. 3), conchiude esser permesso di rinunziare col contratto al dritto d'usufrutto che spetta durante il matrimonio al padre o alla madre, sui beni dei loro figli, minori di diciotto anni (art. 384 (T), n. II). La sua logica è questa: « La prima parte dello art. 1388 (1342) parla dei dritti relativi alla *persona* della moglie e dei figli, o relativi ai beni *dei coniugi*; essa non tratta di quei che riguardano i beni dei figli. Da altro lato occupandosi la seconda parte di tutti i dritti che si riferiscono ai figli, quanto alla loro persona, quanto ai beni, abbraccia solo quei dritti conferiti *al superstite* dei coniugi. Nè l' una nè l'altra regola adunque comprende l'usufrutto legale *durante il matrimonio* ».

Unitamente a Rodière e Paolo Pont si può rispondere a Zachariae, che sarebbe impossibile di spiegare il perchè ed il co-

(1) Taulier (V, p. 85); Rodière e Paolo Pont (I, 61); Troplong (*Matr.*, I, 64).

me si possa rinunziare al dritto di usufrutto legale durante il matrimonio, nel mentre non si può al dritto esistente dopo il matrimonio e pel superstite! Ma altra risposta rende anco più evidente l'assurdità di adottare una tale giudaica interpretazione. Siccome la prima parte dell'articolo si occupa solo dei dritti risultanti *dalla potestà maritale* e consacrati dal titolo del *Matrimonio*, non di quelli scritti *nel titolo della Patria potestà*; e d'altro lato la seconda parte si occupa soltanto dei dritti di patria potestà per ciò che concerne il *superstite*, ne segue che i coniugi possono rinunciare con le loro convenzioni al dritto di correggere i figli durante il matrimonio, e che solo un tal dritto non può *rinunziarsi* per il tempo che segue al matrimonio, e riguardo al superstite. Sarebbe il medesimo del titolo della *Tutela*; ed il padre che non potrebbe rinunziare al dritto di amministrare i beni dei figli, dopo la morte della madre e qual tutore secondo lo art. 390 (T), potrebbe rinunziare al dritto di amministrarli durante il matrimonio, come amministratore legale, e secondo lo art. 389 (312)! Quali contraddizioni!

Se la espressione *superstite* è stata usata *dai compilatori* (certo perchè riferendosi al tempo *in cui* l'esercizio dei dritti può appartenere sì al padre che alla madre, è parsa più propria a far comprendere che questa regola dell'articolo era dettata senza distinzione di sesso), ciò non esclude per nulla i dritti appartenenti ai coniugi nel corso della loro unione; la regola si applica a tutti i dritti conferiti al padre e alla madre (durante il matrimonio e poi) dai due titoli della *Patria potestà* e della *Tutela*

Bisogna andar oltre, dappoichè la prima rettifica al testo della regola, la lascia ristretta di troppo, e dev' essere seguita da *altra che* più la estenda. Infatti non è solo ai dritti dati ai coniugi o al superstite di essi *coi titoli* della PATRIA POTESTÀ e della TUTELA, che il contratto di matrimonio non può derogare. La moglie non potrebbe con tal contratto rinunziare al dritto di dare o negare il suo consenso. dopo la morte del marito al matrimonio dei suoi figli, o alla loro adozione.

Pure tai dritti non sono dati nè dal titolo della patria POTESTÀ nè da quello della TUTELA; sono essi scritti l'uno nel titolo del *Matrimonio*, l'altro in quello dell'*Adozione*. Per spiegare il pensiero della legge bisogna dire adunque che questa parte di esso vieta di derogare ai dritti derivanti *pei coniugi* o il superstite di essi; *dalla potestà patria*, o dalla *potestà tutelare* (senza si distingua in qual titolo del Codice sono tali dritti).

Secondo questa regola il padre non può rinunziare al dritto di correzione o a quello di usufrutto legale che dovrebbe esercitarsi durante il matrimonio, nè all'altro da esercitarsi dopo lo scioglimento; nè rinunziare al titolo di amministratore legale, nè a quello di legittimo tutore; la madre non può nemmeno nei casi eccezionali che possono darle vivente il marito i dritti di amministrazione, di correzione e d'usufrutto, nè rinunziare a quello di consentire alla adozione o al matrimonio dei figli dopo la morte del marito, nè al dritto di consentire alla loro emancipazione. Non importa se il dritto è scritto in tale o tal altro titolo, se esercitasi dal marito o dalla moglie durante il matrimonio, o seguito lo scioglimento: trattandosi di uno degli attributi o della patria potestà propriamente detta, o di quella tutelare data ugualmente dalla legge (conseguenza per i coniugi della patria potestà), il dritto non è sottoposto alla privata convenzione delle parti, ma invariabilmente è stabilito dalle disposizioni della legge; qualunque convenzione su di ciò nel contratto del matrimonio sarebbe come non avvenuta.

VIII.—Infine, dal nostro art. 1388 (1342) non è permessa alcuna eccezione alle varie disposizioni proibitive del Codice Napoleone. Fra le quali gli art. 791 (708) per cui è vietato di rinunziare ad una persona ancora vivente; 1097 (1051) per cui è vietato ai coniugi di farsi durante il matrimonio reciproche liberalità con un medesimo atto; 1399 (1395) per cui è vietato di stabilire che la comunione deve cominciare in un giorno altro che quello della celebrazione civile del matrimonio; 1422

(T) per cui è interdetto al marito di disporre a titolo gratuito degl'immobili della comunione o di una quota delle sue cose mobili; 1454 (1419), per cui non è permesso alla moglie di rinunziare alla comunione, quando abbia preso alcuna cura nei beni di essa; 1521 (T) per cui è proibita qualunque convenzione che ad uno dei coniugi assegni nella divisione della comunione una parte del passivo non in proporzione alla parte dello attivo, ecc. ecc. Sarebbe inefficace qualunque clausola del contratto di matrimonio con cui i coniugi volessero sottrarsi ad una di coteste disposizioni proibitive; fra le quali è pur quella dell'articolo 1389 (1343).

IX. — L'art. 1389 (1343) vieta ai coniugi tutte le clausole che cambierebbero l'ordine legale delle successioni, sì quanto ad essi nella successione dei loro discendenti (col dire a mo' di esempio, discordando dall'art. 746 (668-669) che la successione dei figli o nipoti passerà al padre per intero escludendone la madre, o che saranno del padre due terzi o i tre quarti, e della madre soltanto l'altro quarto o l'altro terzo, o quanto ai discendenti tra loro (stipulando che il più grande dei figli succederà solo o per una maggior parte di quella dei suoi fratelli e sorelle agli altri figli che morrebbero; il che sarebbe contrario agli art. 750 e 752 (672 e T)). E quantunque l' articolo riguardi soltanto esplicitamente le successioni dei discendenti, il divieto se ne estende a tutte le altre da qualsiasi persona provengano. Non si potrebbe adunque dire che il più grande dei figli succederà solo o per una porzione maggiore degli altri, al padre, alla madre, al tal parente paterno o materno.

Ciò non impedisce in nulla le donazioni (l' articolo formalmente lo dichiara), le quali nei limiti e sotto le regole richieste dalla legge, potranno esser fatte o nel contratto di matrimonio o durante questo sì dall'uno dei coniugi all'altro, sì dai coniugi o dall'uno di essi, all'uno o a molti dei figli nati dalla loro unione, o anche dai terzi ai coniugi. Tutte queste donazioni si permettono. E non solo ogni coniuge serba il dritto di volgere dall'ordine ordinario delle trasmissioni per successione, una parte del suo patrimonio (la disponibile) con liberalità fatte all'uno dei figli, o al coniuge, ma non potrebbe rinunziare a un tal dritto nel contratto di matrimonio; dappoichè le private convenzioni non possono creare una incapacità non istabilita dalla legge, siccome non possono distruggere quella dalla legge imposta. Taulier (V, p. 20) decide altrimenti per le liberalità fatte tra coniugi durante il matrimonio; le quali liberalità si riguardano con diffidenza per l'ascendente da cui possono derivare; ma il legislatore ha posto a ciò rimedio dichiarando che in questo caso sarebbero sempre revocabili le donazioni fra vivi, anco all'insaputa del beneficato, come i semplici testamenti (articolo 1096 (1050)); e sarebbe non solo contrario alla legge, ma anche alla ragione il permettere ad un coniuge impreveggente di togliersi la facoltà fosse pur ricco di beneficare poi un coniuge degno e povero: l'idea di Taulier è respinta dagli scrittori e dalle decisioni (1).

N. B. L'art. 1390 (1344) fa altra proibizione ai coniugi; ma siccome la sua disposizione ha per iscopo non più le stipulazioni che possano farsi, ma solo il modo di farle ci par naturale spiegarlo nel paragrafo seguente.

§ 2. — *Regole diverse. Modo di adottarle. Di combinarle. Regola di dritto comune. Precauzioni contro la regola dotale.*

1390 (**1344**). — Non è più permesso agli sposi di stipulare in un modo generico, che la lor società sia regolata da una delle consuetudini, leggi o statuti locali, che

(1) Toullier (XIII-18); Bellot (*des Minieres*, tom. 1, p. 10), Zachariae (III, p. 404); Rodiere e Paolo Pont (I-73). — Rig., 31 luglio 1809; Rig., 15 luglio 1812.

per lo addietro erano in vigore nelle diverse parti del territorio francese, e che dal presente Codice sono state abrogate.

1391 (1345 M).—Possono però dichiarare in modo generico che è loro intenzione di maritarsi o colle leggi della comunione, o colle leggi dotali.

Nel primo caso, i diritti degli sposi e de' loro eredi saranno regolati dalle disposizioni del capitolo II di questo titolo.

Nel secondo caso, i loro diritti saranno regolati dalle disposizioni del capitolo III.*

1392 (1346 M).—La semplice stipulazione con cui la moglie si costituisce o le vengono costituiti dei beni in dote, non basta perchè sieno questi beni sottomessi al regime dotale, se nel contratto di matrimonio non siasi fatta sopra di ciò un' espressa dichiarazione.

Parimente non risulta che gli sposi si sieno sottomessi al regime dotale colla semplice dichiarazione da essi fatta di maritarsi senza comunione, ossia di rimanere separati di beni.**

1393 (1347 M).—In mancanza di stipulazioni speciali che deroghino al regime della comunione o che lo modifichino, le regole stabilite nella prima parte del capitolo II formeranno il diritto comune della Francia.***

SOMMARIO

I. I coniugi non possono stabilire le loro convenzioni riportandosi semplicemente ad una antica consuetudine; e nemmeno con una regola particolare. Errore di Toullier.

II. Possono bensì rimettersene semplicemente al testo del Codice o indicar soltanto il nome delle regole da esso prescritte.

III. Per essere governati da una regola diversa della comunione legale, e singolarmente da quella dotale, fa di bisogno che su di ciò sia espressa la volontà delle parti, ma non con termini sagramentali; si dissente dal più degli scrittori.

IV. Possono combinarsi molte regole specialmente, la comunione e la regola dotale.

V. La Comunione è la regola del dritto comune. In qual caso essa governa.

VI. Spiegazione dell'ultimo paragrafo dell'articolo 1391 (1345M) e delle altre aggiunzioni fatte al Codice Napoleone dalla legge del 10 luglio 1850.

I. — Nel sostituire alle tante consuetudini che della nostra legislazione formavano un mosaico, le uniformi regole del Codice Napoleone; il legislatore non potea permettere ai coniugi il far rivivere col loro contratto le tolte consuetudini. Dichiara egli perciò nulla ogni frase con cui i coniugi in un modo generale, intendano adottare o l'intero sistema dell'antica consuetudine, o la regola di tale articolo, di tale consuetudine. Sarebbero nulle dunque le clausole con cui i coniugi dichiarassero, senza altrimenti spiegarsi, di *sottoporsi al sistema dell' antica consuetudine di Normandia*, ovvero di doversi fare l' impiego del prezzo dei beni venduti dalla moglie *secondo la regola dell' articolo 45 dell'antica consuetudine di Brettagna* (cioè in terre e non in case). In questi due casi infatti non trovasi nè nel contratto nè nel

* Il nostro art. 1345 è così concepito:

« Possono però dichiarare in modo generico, che è loro intenzione di maritarsi o colle leggi dotali, o colle leggi della comunione.

« Nel primo caso i loro diritti saranno regolati dalle disposizioni del capitolo II di questo titolo. — Nel secondo caso i diritti degli sposi e de' loro eredi saranno regolati dalle disposizioni del capitolo III di questo titolo.

** Il nostro art. 1346 è così concepito:

« Il silenzio dei contraenti, quando non vi sia affatto dote, o la semplice stipulazione con cui la moglie si costituisce, e le vengono costituiti dei beni in dote, basta perchè sieno questi beni sottoposti alla regola dotale, tuttochè nel contratto di matrimonio non siasi fatta sopra di ciò un' espressa dichiarazione.

*** Il nostro art. 1347 è così concepito:

« In mancanza di stipulazioni speciali che deroghino alla regola dotale, o che la modifichino, le regole stabilite nel capitolo II formeranno il diritto comune del regno.

ravvicinar questo al Codice Napoleone, la idea dei coniugi che dee trovarsi nella indicata consuetudine. Il legislatore tolse via il bisogno di ricorrere alle consuetudini e studiare i testi e discuterli come regole legali.

Toullier (XIII-7) ha commesso un gran fallo e mal interpretato le parole *di un modo generale*, nel dire che proscriveano il rimando al sistema d'una consuetudine, ma permettevano quello fatto alla particolare disposizione di uno degli articoli di essa. Bisognerebbe adunque serbare i testi delle consuetudini e riscontrarli per conoscere la disposizione di un articolo isolato, di cui il contratto non ispiega la regola, e per conoscere tutte insieme le regole della cennata consuetudine; che l'indicazione dei testi o delle consuetudini è fatta o no di un modo generale nel senso dello art. 1390 (1344) secondo essa pone o no nella necessità di ricorrere a quei testi per comprendere l'atto; che la generalità della indicazione importa non ispiegare la regola cennata, e non già non estendere le disposizioni alle quali si rimanda. A ragione adunque l'interpetrazione di Toullier è condannata dalla dottrina e dalla giurisprudenza (1).

Sarebbe validissima la clausola se i coniugi avessero non solo indicato una consuetudine o un articolo di essa, ma formalmente espresso il loro intendimento; se per grazia di esempio, detto prima che il reimpiego dovrà farsi secondo il tale articolo di quella consuetudine, aggiungano *cioè in terre*.

In breve la clausola è o non è generale, e quindi nulla o valida, secondo che per essa si sia costretto o no a riscontrare i testi consuetudinari, i quali in tal modo si rendono perpetui (2).

II. — Se è proibito di stabilire le convenzioni matrimoniali con un rimando puro e semplice alle nostre antiche consuetudini (non essendo più testi che legalmente esistano), è invece permesso stabilirle rapportandosi nell'istesso modo al Codice Napoleone. Due futuri conjugi potranno fare il loro contratto di matrimonio in unico rigo semplicemente dicendo e senza spiegazione che adottano la regola di comunione (o la dotale o quella che esclude la comunione, o l'altra della separazione dei beni), *tal* quale è nel Codice, o dicendo senza pur cennare il nome della regola, che adottano il sistema presentato dal Codice in tale articolo fino a quell' altro. Un tal contratto benchè laconico sarebbe validissimo, dappoichè è più che bastevole il semplice rimando ad un testo legale.

Ciò dichiarasi dall' art. 1391 (1345) che pur si esprime in un modo inesatto ed incompleto, dicendo che dai coniugi possono adottarsi o la regola della comunione o la dotale, e che i loro dritti sono nel primo caso regolati dal cap. II del nostro titolo, e dal III nel secondo caso. Senza parlare di comunione convenzionale alle due regole di comunione e di regola dotale, bisogna aggiungere l'esclusione di comunione e la separazione dei beni; che la comunione regolata dalla legge non lo è da tutto insieme il capitolo secondo, ma solo dalla prima parte di questo, discorrendosi nella seconda (oltre alla convenzionale comunione) le due regole che il nostro articolo passa a torto sotto silenzio, e possono esser adottate sì col loro nome, che senza, e con un semplice rimando agli articoli che le stabiliscono (3).

III.—Se i coniugi hanno la libera scelta

(1) Duranton (XIV-3); Zachariae (III, p. 406, n. 14); Duvergier (*su Toull., loc. cit.*); Paolo Pont e Rodière (I, 74); Troplong (I, 138); Poitiers (16 marzo 1826), Grenoble (6 giugno 1829); Rig., 28 agosto 1833 (Dev., 33, 1, 744). Vedi pure rig., 22 gennaro 1845 (Dev., 45, 1, 439).

(2) La quale ragionevolissima regola deve certo applicarsi ad ogni sorta di atto e massime ai testamenti. Per essa si spiegano e conciliano due decisioni di rigetto, l'una dei 19 luglio 1810 che dichiara valido il testamento, in cui senza riscontrare la consuetudine a cui il testatore si era riferito, poteasi conoscere la volontà di lui, l'altra dei 23 dicembre 1828 che dichiara nullo un testamento, in cui non poteva comprendersi la volontà del testatore senza riportarsi alla consuetudine. Han torto dunque Zachariae, Duvergier, i quali tengono tali decisioni come opposte l'una all'altra.

(3) *Vedi* Rodière e Paolo Pont (t. 1, n. 78).

tra le cinque regole di comunione legale, comunione convenzionale, esclusione di comunione, separazione di beni, e regola dotale, e se possono adottare (meno la comunione convenzionale per la cui indole medesima non può in quel modo adottarsi) con cennare soltanto il suo nome o con un semplice rimando ai testi legali, possono anco adottarle (senza porre il suo nome nè rimandare ai testi) indicando più o meno largamente i suoi caratteri. Ma debbono allora servirsi di termini chiari e che manifestino le loro volontà; dappoichè celebrato il matrimonio non sarebbe loro più permesso nè di correggere di comune accordo l'atto onde renderlo più intelligibile nè ricorrere a prove testimoniali o a circostanze di fatto onde chiarire la loro idea; e nel dubbio che sorgerebbe da un contratto mal fatto intorno alla regola che si è voluto adottare, alla comunione legale sarebbero sottoposti i coniugi non ostante che diversa sia stata la loro idea (1), perchè la regola del dritto comune, è quella attribuita dal legislatore a tutti coloro che non istabiliscono altre regolari ed efficaci convenzioni (art. 1393 (1347)).

Necessario che le parti manifestano formalmente la loro volontà soprattutto per la regola dotale, di cui gli effetti sono più rigorosi e davvero esorbitanti, poichè mette gl' immobili della moglie fuori commercio dichiarandoli inalienabili.

Bisogna, dice la legge, una dichiarazione espressa. Non basterebbe, lo dice pure la legge, una clausola con cui fosse dichiarato che i tali beni *son costituiti in dote* alla moglie, o da sè stessa o da altri. Siccome il sostantivo *dote* si usa comunemente e dai giureconsulti e dalla stessa *legge* (art. 1443-1540 (T, 1353)), a dinotare i beni che reca la moglie maritandosi sotto qualsivoglia regola, e tanto in quella di comunione, che in quella dotale, così non bastava la sola dichiarazione che i tali beni costituiscano la dote della moglie onde ritenerli sotto la regola dotale. Parimente, quando si dichiarava che i coniugi si maritavano *senza comunione o separati di beni*, non si poteva dire essersi adottata la regola dotale, perchè la esclusione della comunione e la separazione dei beni sono regole particolari, distinte dalla comunione; nè comprendiamo come i compilatori si sieno dati la pena di dire una cosa tanto semplice, mentre nel disegno loro la esclusione della comunione e la separazione di beni son posti come annessi della comunione e non hanno alcuna relazione con la regola dotale.

Ma se per esser governato dalla regola dotale è necessaria una clausola formale che non lasci alcun dubbio intorno allo intendimento delle parti, però non si richiedono termini sagramentali potendosi usare quelle parole e quelle maniere che meglio piacerà, purchè riesca chiara la volontà di essere governati dalla regola dotale.

Se dunque il mezzo più sicuro e insieme semplicissimo è di dichiarare che i coniugi seguono la regola dotale, indicando poi quali immobili della moglie si vogliano rendere dotali, rimanendo gli altri parafernali, può anche bastare il dire che gli immobili della moglie, o i tali di essi saranno *governati dalla regola dotale* ovvero *avranno indole dotale*, ovvero saran *soggetti alla inalienabilità* dell' art. 1554 (1367) del Codice di Napoleone, ovvero che questi *saranno dotali* e gli altri *parafernali*, bastando si aggiunga alla clausola, per se insufficiente, che costituisce i tali beni in dote, o che i beni *saranno in conseguenza inalienabili*, o che essendo i beni *dotali* gli altri sono parafernali, il più degli scrittori ritengono non sufficienti tali espressioni. Merlin (Rep., alla parola *Dote*, § 2, numero 13); Toullier (XIV, numero 40-45); Tessier (I, pagina 7), Duranton (XV, numero 330 e 332); Odier (III, 1050) dànno intorno a ciò delle spiegazioni ora molto stringate, ora molte lunghe, ma dalle quali tutte si può inferire che sieno necessarie le parole *regola dotale* onde seguirsi questa regola; cotalchè sarebbe quella una formola sa-

(1) Decisione della Corte di Torino del 13 luglio 1808.

gramentale che non potrebbe esser sostituita da qualsiasi altra. Così Duranton spiega distesamente che la regola dotale non potrebbe sorgere dal contratto in cui la moglie direbbe *costituirsi i tali beni in dote, i quali saranno quindi inalienabili, ovvero essendo dotali* i beni costituitisi in dote, gli altri saranno parafernali. Invero, secondo il dotto professore, la regola dotale non sorge dalla costituzione di una dote, siccome positivamente è detto dalla legge, ma non può sorgere nemmeno nè dal dichiararsi inalienabili i beni recati in dote, perocchè la inalienabilità e la regola dotale non sono strettamente la stessa cosa, nè dal dichiararsi dotali i beni, dacchè con ciò si ripete che sono recati in dote , nè dal riserbarsene la moglie dei parafernali, rispetto ai beni dotali, dacchè quella riserba non altro vuol dire, che la moglie conserva l'amministrazione dei beni , il che può stare tanto per la separazione dei beni, che per la regola dotale.

Ma ciò non è esagerato e quindi inesatto ? E in prima stimiamo che i riferiti scrittori abbiano mal compreso il tenore dell' art. 1392 (1346) , secondo il quale onde seguirsi la regola dotale non basta il dichiarar *semplicemente* che i tali beni sono costituiti in dote alla moglie. Ma se quella dichiarazione che per se non val molto (essendo ampio il senso della parola *dote*) sia accompagnata di una clausola che la spieghi; se si aggiunge , come conseguenza di essersi costituiti i beni in dote, che *saranno inalienabili*, ovvero gli uni *dotali*, e gli altri *parafernali,* allora la costituzione di dote non è *semplice* ma invece sviluppata, qualificata, e ciò esce tanto dei termini stessi dell'articolo, quanto dal suo spirito. E come non è manifesta la volontà di esser governati dalla regola dotale, quando costituita la dote le si imprime il carattere più spiccato di quella regola che è la inalienabilità dei beni; ovvero quando il contratto spiega che i beni costituiti in dote saranno realmente dotali, e gli altri parafernali ? Se il sostantivo *dote* non ha un preciso significato, non è così degli aggettivi *dotali e parafernali*, e se sempre si è parlato di DOTE sotto qualsivoglia regola, nella regola dotale soltanto si parla di beni DOTALI e PARAFERNALI. Per quanto singolare possa essere la differenza tra il soggettivo e il corrispondente aggettivo , bisogna seguirla perocchè *sic volet usus quem penes arbitrium est et jus et norma loquendi.*

Se, come fa Duranton , volessimo qui sostituire per il significato delle parole la regola di uno stretto ragionamento alla regola bizzarra alle volte (ma sempre sovrana) dell'uso, dovremmo, avendo *già detto* che la espressione *beni dotali* possa intendersi dei beni che restano governati dalla comunione perchè essa significa semplicemente *beni* COSTITUITI IN DOTE (e in qualsivoglia regola havvi una dote costituita), dovremmo dire che la espressione di *regola* DOTALE può del pari intendersi di qualsivoglia regola, perocchè essa importa regola nella quale si COSTITUISCE UNA DOTE. Così sarebbe forza confessare che non basti la dichiarazione delle parti *di volere adottare la regola dotale.*

È mestieri adunque ritenere che la espressione di regola dotale non è la sola che possa usarsi, sorgendo la regola dotale da ogni clausola con cui si manifesti chiaramente la volontà delle parti. Ciò è stato deciso da recenti decisioni citate da noi nel seguente numero, ed insegnato da Zachariae (III, p. 407) Rodière e Paolo Pont (II, 375, 376) e Troplong (I, 143, 160). Quest'ultimo, che al par di noi, combatte la esagerazione già abbandonata da Duranton e dagli altri, vi ricade poi egli stesso, sostenendo pure (n. 155) che l'aggettivo *dotale* non ha maggior valore del sostantivo *dote*; ma secondo noi è un equivoco che ci divide dal dotto magistrato.

Noi tenghiamo con lui che la parola *dotale* non ha sempre la significazione precisa della parola *parafernale* (n. 157), ma non possiamo negare che non abbia maggior forza della parola *dote*.

Se la parola si usa come semplice qualificazione incidente in una frase che parla di volo dei *beni dotali* della moglie, pos-

siamo riconoscere che quelle espressioni significano soltanto *beni propri*, ma quando la parola costituisce per lo appunto l'oggetto della disposizione, quando si dice che *i tali immobili della moglie saranno* DOTALI o d'indole DOTALE, tal dichiarazione importa doversi adottare la regola dotale; senza di che si dovrebbe dire che le parole *regola dotale* sono per se sole insufficienti.

Troplong fa osservare che un'antica consuetudine del contado di Borgogna, nel suo art. 34 (e non 35, come egli dice), chiami *dotali i beni propri* il che riscontrasi pure in taluni contratti; però quelle son qualificazioni incidenti, e la frase non è usata in senso dispositivo. Egli da ultimo allega una decisione di rigetto degli 11 lug. 1820 la quale non ha autorità, poichè conferma una decisione di Grenoble, che secondo lo stesso Troplong (n. 157), *deve rigettarsi senza alcuna restrizione* che sedici anni dopo, sarebbe stata certamente cassa, come al 1836 lo fu una decisione di Parigi di cui parleremo.

Per lo incontro la nostra dottrina viene nitidamente consacrata da una decisione di Caen del 1842 che più sotto anche citeremo.

IV. — Se sta nella scelta dei futuri coniugi lo adottare quella delle varie regole che più loro aggrada, potranno essi del pari adottarne varie stabilendo una per base della loro società aggiungendovi una o più regole che ad un'altra si addicano. Così, siccome adottando la regola dotale possono aggiungervi la piccola comunione per gli acquisti fatti durante il matrimonio, che ordinariamente si dice *società di acquisti* (art. 1581 (1394 M)), potranno del pari, adottando precipuamente la regola della comunione, sottomettere alla dotale i beni propri della moglie.

In ambi i casi coesisteranno la regola dotale e quella della comunione.

Però la regola dotale adottata in parte sarà governata dalle medesime regole come se fosse seguita per intero, cioè ne dovrà essere espressa la volontà, non richiedendosi a ciò termini precisi. Se le parti, dichiarato di adottare la regola della comunione, aggiungono che nondimeno gl'immobili della moglie saranno *sotto il divieto di alienare e d'ipotecare imposto dell'articolo 1554 (1367) del Cod. Nap.*, coesisteranno certamente la regola dotale, e quella della comunione; e bene a ragione la Corte suprema cassò una decisione di Parigi che avea dichiarata insufficiente questa clausola a rendere dotali i beni, e che avea autorizzato i creditori della moglie a ripetere sui beni di lei lo adempimento delle obbligazioni da essa contratte durante il matrimonio (1). Sarà pure così ove la moglie adottando la comunione stipuli che i beni di questa siano *dotali*; e giustamente così la pensò la Corte di Caen in una decisione dei 4 giugno 1842 (2).

V. — Abbiamo detto che in questi tempi la comunione è per tutta la Francia la regola di dritto comune da cui son governati tutti quelli che in un contratto regolarmente fatto non ne hanno espressamente un altro adottato; sicchè se le parti contraggono matrimonio senza contratto, o se questo sia nullo per vizio di forma o perchè si sia limitato a dire di adottare la regola stabilita dalla tale consuetudine antica, o se della oscurità con cui è scritto (V. art. 1399 (1353 M), n. IV), non possa conoscersi a quale regola si siano voluti appigliare, in questi casi saranno sommessi i coniugi al sistema della comunione legale, secondo viene regolato dalla prima parte del capitolo II del nostro titolo (3).

Secondo queste regole dovranno fissarsi i punti speciali non previsti da un contratto di matrimonio. In questo, siccome in ogni altro atto, si dovrà senza dubbio ricercare la comune intenzione delle parti, interpretando e completando le varie clausole le une coll'altre e con tutto l'atto insieme; che se non ostante tali ricerche resterà

(1) Cass., 24 agosto 1836; J. P., 1837, t. I, pagina 117.
(2) J. P., 1843, t. I, p. 44.
(3) V. Paolo Pont e Rodiere (t. I, n. 32), e Troplong (t. I, n. 18, e seg.).

alcun punto dubbio, sarà questo governato dalla regola di dritto comune.

VI.—Alcune disposizioni aggiunte al Cod. Napoleone dalla legge dei 10 luglio 1850; di cui la precipua è l'ultimo paragrafo dell'art. 1391 (1345 M) porgono ai terzi, che contraggono con una donna maritata sotto la regola dotale, un mezzo onde scansare un pericolo a cui dapprima andavano incontro.

Potendo sotto la regola dotale, la moglie e i suoi rappresentanti far rivocare qualunque alienazione od obbligazione sui beni dotali, spesso avveniva, che una donna maritata sotto la regola dotale vendesse od obbligasse i suoi beni facendosi credere come maritata senza contratto, e perciò sotto la comunione legale, e capace pienamente, autorizzata dal marito, ad ipotecare ed alienare tutti i suoi beni. Un doppio inconveniente sorgeva dal non potere i terzi raccettarsi di una siffatta dichiarazione della moglie: da un lato i terzi che a lei avevano aggiustato loro fede, si esponevano al pericolo della esibizione del contratto, di cui si era dissimulata la esistenza, della revoca dell'atto dalla moglie sottoscritto, di essere in tal modo spogliati; dall'altro i coniugi che realmente erano maritati senza contratto, si esporrebbero a non poter profittare delle loro qualità di coniugi in comunione, non potendo più i terzi contrarre con loro per tema di non essere ingannati da una dichiarazione di cui era impossibile provar la verità. È giusto per porvi un argine la legge del 10 lug. 1850 fece varie aggiunzioni al Codice che formano: 1° la seconda frase dell'artic. 75; 2° i due ultimi paragrafi dell'articolo 76; 3° l'ultimo del nostro art. 1391 (1345 M); 4° in fine i due ultimi dell'articolo 1394 (1348 M).

Ecco il risultamento di queste nuove disposizioni.—In prima, ogni notaro che riceve un contratto di matrimonio, deve rilasciare alle parti in carta libera, e senza spese un certificato, che indichi i suoi nomi, la residenza, i nomi, le qualità e le dimore dei coniugi, la data del contratto, il quale certificato dev' essere rimesso all'uffiziale dello stato civile pria che si celebri il matrimonio. Similmente per informare i coniugi tanto della consegna che debbono fare del certificato all' uffiziale dello Stato civile, che per la conseguenza, che ne verrebbe da una falsa dichiarazione, dovrà dar loro lettura, e delle disposizioni dell'art. 1394 (1348 M) e dell'ultimo paragrafo del nostro art. 1391 (1345 M). Di questa lettura si dovrà far menzione nel contratto di matrimonio sotto pena di 10 fr. di ammenda contro il notaro (art. 1394 (1348 M)) (1).

L' uffiziale dello stato civile, alla celebrazione del matrimonio, gli si presenti o no dai coniugi un certificato a quel modo formato, dovrà interrogare i coniugi, non che le persone che autorizzano il matrimonio, se presenti, se si sia fatto un contratto di matrimonio, e se di sì, la sua data, non che i nomi e il luogo della residenza del notaro che l'ha steso (articolo 75). La dichiarazione verrà enunciata nell'atto, sotto pena dell'ammenda stabilita dall'art. 50 (52) del Codice Napoleone; e nel caso in cui sarà omessa ovvero inesatta, il procuratore imperiale (oltre il diritto accordato alle parti interessate dall'articolo 99), potrà domandarne d' officio la rettifica (art. 76).

Infine, adempite queste precauzioni, la legge vuole, che se nell'atto della celebrazione si dirà non esservi contratto, e se la moglie negli atti con un terzo non faccia una dichiarazione in contrario, in riguardo di questi sarà riputata capace di contrarre, conforme al dritto comune.

Stabiliamo con precisione il senso di questa disposizione, e vedremo, da un lato, sotto quali condizioni si ottenga l'effetto indicato, e dall'altro, se esso sia giusto. —Due condizioni si richiedono. Bisogna

(1) La pena stabilita dalla legge deve applicarsi al notaro che redige un atto addizionale, o modificativo di un contratto di matrimonio, che non darebbe lettura alle parti dell'ultimo paragrafo dell'art. 1391 (1345 M) come anche dell'ultimo dell'articolo 1394 (1348 M) nè farebbe menzione della lettura nel suo atto. Parigi, 12 genn. 1856 (Devill., 56, 2, 101).

in prima che l'atto di matrimonio indichi di essersi i coniugi maritati *senza contratto;* non bastando il tacerne; sicchè il terzo, avuto riguardo al silenzio dell'atto su quel punto, sappia che esso è incompleto, e si guardi dal contrarre coi coniugi, finchè questi non abbiano rettificato e completato l'atto di celebrazione. Anzi, se un sindaco (*maire*), non molto culto, e che mal comprenda l'obbligo impostogli dalla legge del 1850, abbia creduto dover enunciare la regola che si stabilisce nel contratto, e l'atto, sia per frode e per errore, dichiarerà che gli sposi abbiano fatto un contratto sotto la regola della comunione, mentre che essi stanno sotto la dotale; *il terzo*, non ostante la dichiarazione che potrà far la moglie di esser maritata in comunione, non avrebbe diritto ad invocar la disposizione di cui si parla, andrebbe soggetto alle conseguenze della regola dotale. La legge non ha voluto informare il terzo sulle disposizioni del contratto, ma solo sulla esistenza o inesistenza di esso: saputosi da lui di essersi fatto un contratto, egli non deve punto contrarre se non ne abbia prima ricevuta dai coniugi una spedizione; ed egli può invocare la nostra benefica disposizione, solo quando è stato ingannato sull'esistenza del contratto, quando ha creduto non esisterne, mentre ve n'era uno che rendeva incapace la moglie di alienare od ipotecare la sua dote. Bisogna adunque in prima che si indichi nell'atto la mancanza del contratto. Inoltre è necessario che tale asserzione non sia smentita da una dichiarazione contraria, fatta nell'atto tra la moglie e il terzo; perocchè se in quest'atto la moglie *o il* marito, benchè la legge in quanto a quest'ultimo non lo dica (poichè l'effetto è identicamente lo stesso, e il marito altronde si può sempre considerare come se parlasse in nome della moglie) avessero dichiarato di esistere un contratto, non potrebbe più lagnarsi il terzo di essere stato ingannato; conoscendo di esservi un contratto, doveva farselo esibire dai coniugi. Del resto, la è una dichiarazione che la legge richiede nell'atto colla moglie, nè si dovrebbero ammettere i coniugi a pruovare che il terzo ne è stato avvertito fuori dell'atto. Dovendosi la dichiarazione scrivere nell'atto di matrimonio, è naturale che la contraria si faccia pure nell'atto consentito fra la moglie e il terzo; a togliere nuovi ostacoli, ben a ragione si volle la dichiarazione negli atti con cui la moglie contrae. Poco poi importerebbe se essa si faccia nel medesimo od in un atto separato; ma è necessario, ed è nel pensiero del legislatore, che si faccia officialmente in iscritto, in occasione del contratto da fare.

L'effetto che produrrà la dichiarazione di non esister contratto, contenuto nell'atto di matrimonio non smentita da una contraria fatta in un atto posteriore, è men largo di quel che alcuni han creduto. Esso, che è semplicemente relativo e sorge solo rispetto al terzo che contrae coi coniugi, non lo abilita già a riguardare la moglie, per l'esecuzione del suo contratto, in comunione di beni mentre che non lo è, ma semplicemente come capace di contrarre o di alienare autorizzata dal marito (siccome lo può per diritto comune) benchè stesse sotto la regola dotale che la priva di tal facoltà. —La legge, rispetto al terzo che è stato ingannato, e per quanto concerne l'adempimento del suo contratto, non invalida già qualunque clausola che deroghi alla regola di dritto comune, alla comunione legale, ma solo quella che rende inalienabili i beni della moglie, e che in conseguenza rende nulla l'alienazione o l'obbligazione consentita dalla moglie, anche assistita dal marito. — Così, per esempio, se io tolgo in affitto un fondo della moglie da un marito, che si diceva maritato senza contratto, e che tale appare dall'atto di celebrazione; se quella dappoi pruovi di esser maritata in separazione di beni, e domandi la nullità dello affitto, io non mi vi posso opporre, nè pretendere che ella sia trattata come se fosse in comunione di beni. Il legislatore non ha inteso parlar di tai casi; egli ha voluto che il terzo, trattandosi di estensione maggiore o minore dei dritti reciproci del marito e della mo-

glie, come un facile mezzo di garanzia, richieda le firme dell'uno e dell'altra. Ma se una moglie che si faccia credere, ed ugualmente appaia dall'atto di matrimonio come maritata senza contratto, ed in conseguenza in comunione legale, mentre è soggetta alla regola dotale secondo il contratto, mi venda, assistita dal marito, uno dei suoi immobili dotali, o in garanzia del prestito fattomi me lo ipotechi, o si obblighi verso di me in modo che gli stessi immobili debbano garentirmi, solo allora potrò invocare il beneficio dell'art. 1391 (1345 M) e far dichiarar validi, non ostante la regola dotale, i contratti consentiti da me colla moglie debitamente autorizzata. Qui ha luogo la novella disposizione dell'articolo 1391 (1345 M) che dice doversi, secondo le condizioni indicate, riputare la moglie, rispetto ai terzi, *capace di contrarre nei termini del dritto comune*, cioè capace di alienare tutti i suoi beni, ipotecarli, od obbligarli, autorizzata dal marito o dal magistrato, come se fosse maritata in comunione legale (1).

§ 3. — *Forme e redazione del contratto.* — *Cambiamenti.* — *Controscritture.*

1394 (1348 M). — Le convenzioni matrimoniali saranno stese, prima del matrimonio, in un atto avanti notaro.*

1395 (1349). — Esse non possono ricevere verun cambiamento dopo la celebrazione del matrimonio.**

1396 (1350). — I cambiamenti che vi fossero fatti prima della celebrazione del matrimonio, debbono esser comprovati da un atto stipulato nella medesima forma del contratto di matrimonio.

In oltre nessun cambiamento o controscrittura è valida, quando sia fatta senza la presenza ed il simultaneo consenso di tutte le persone che sono state parti nel contratto di matrimonio.

1397 (1351). — Ogni cambiamento o controscrittura; quantunque rivestiti delle forme prescritte nel precedente articolo, saran senza effetto riguardo a' terzi, se non sieno stati stesi a piè della minuta del contratto di matrimonio: ed il notaio non potrà, sotto pena de' danni ed interessi verso le parti, e, dove occorra, sotto pene più gravi, dar fuori, nè le copie autentiche di prima spedizione, nè le ulteriori del contratto di matrimonio, senza trascrivere in fine il cambiamento o la controscrittura.

SOMMARIO

I. Il contratto deve farsi innanzi al notaro con minuta. La presenza del secondo notaro

(1) Lo scopo della legge, rispetto ai terzi, qui non è altro che di informarli solo che *esista o non esista un contratto*, difendendoli dalla falsa dichiarazione fatta dai coniugi maritati sotto la regola dotale. Se dunque essa si occupa tanto di fare indicare nell'atto di celebrazione *la data* del contratto, *i nomi e la residenza del notaro* che l'ha steso, essa lo fa semplicemente nello interesse dei coniugi e dei loro figli, perchè possano sempre trovare il contratto. — Il qual provvedimento spezialmente giova moltissimo ai figli, morti che sieno i genitori.

* Il nostro articolo 1348 è così concepito:

« Tutte le convenzioni matrimoniali saranno formate con atto innanzi notaio prima del matrimonio; salvo ciò che è prescritto nell'art. 1356.

— Una promessa di dote contenuta in privata scrittura, è valida ne' rapporti tra il dotante e la dotata, Corte suprema di Napoli, 19 gennaro 1839.

— La costituzione della dote non può provarsi mai per testimoni benchè si tratti di somma non maggiore di ducati cinquanta, C. S. di Napoli, 11 genn. 1853.

** La disposizione della legge che ordina di doversi fare le convenzioni matrimoniali con atto innanzi notaio prima del matrimonio, e che dopo la celebrazione del medesimo non possono ricevere cambiamento alcuno, non si estende ad una semplice dilazione data dal marito per lo pagamento della dote. E la invalidità, se nell'intervallo si pregiudicassero gl'interessi della moglie, non potrebbe mai esser dimandata dal marito. C. S. di Napoli, 18 nov. 1851.

o dei testimoni non si richiede a pena di nullità.

II. Non può farsi nè modificarsi durante il matrimonio. Errore di Toullier.

III. Pria del matrimonio vi si posson fare dei mutamenti, ma con condizioni determinate. Le donazioni fatte dai terzi ai coniugi non sono riputate mutamenti al contratto. Secus delle convenzioni con le quali sostituiscesi ad una clausola dubbia del contratto una più chiara. Inesattezza di Rodière e Paolo Pont.

IV. Il mutamento è valido anche tra coniugi adempiendosi alle forme richieste per il contratto e col consenso di tutti quei che vi sono stati parti: fra i quali comprendonsi gli ascendenti, il cui consiglio è necessario ai fidanzati: si dissente da molti scrittori. Tutte queste parti devono esser presenti, e consentire insieme. Errore di Maleville, Toullier e Battur.

V. Riguardo ai terzi il cambiamento è valido se fatto in seguito della minuta del contratto. Il notaro che ne rilascerebbe una copia senza unirvi quella del mutamento, dovrebbe rispondere dei danni interessi verso i terzi lesi; il mutamento però non sarebbe per essi nullo. Errore di Toullier. Osservazioni su di una inesattezza di Rodière e di Paolo Pont.

I.—L'atto con cui si stabiliscono le convenzioni matrimoniali deve firmarsi pria del matrimonio ; non potendo , dopo la celebrazione, venire steso nè in alcun che modificato. I conjugi che si maritano senza contratto, non possono più farne e son governati, come già abbiam detto, dalla regola della comunione legale, senza poterlo dopo in guisa alcuna modificare.

La legge, per far che il contratto resti immutabile, vuole che l'atto sia steso innanzi notaio e con minuta.

Diciamo con minuta, poichè secondo lo **art. 1397 (1351)**, le controscritture debbono estendersi *a piè della minuta* del contratto. Sarà dunque nullo, come quello formato con atto sotto firma privata, il contratto notarile che si fa in brevetto ; saranno validi però quei formati per atto a firma privata prima del Codice, e sotto l'impero d'una consuetudine che li permetteva.

Del resto, se i contratti di matrimonio, sotto pena di nullità, devono oggi farsi per atto notarile in minuta , non è parimente necessario che si stendano, pena la nullità, da due notari o da un notaio e due testimoni. La strana legge del 21 giugno 1843, da noi analizzata , e criticata sotto l'art. 1317 (1271), annovera il contratto di matrimonio fra gli atti per cui basta un solo notaro senza testimoni, purchè si annunzi falsamente la presenza dei testimoni, o del secondo notaro; e le camere dei deputati e dei pari, quando si votava la immorale disposizione, opinarono non doversi punto distinguere, se il contratto contenga o no donazioni. Così la donazione , sebbene la legge del 1843 l'annoveri fra gli atti per cui si richiede, pena la nullità, la presenza effettiva di un secondo notaro o dei testimoni, non ha bisogno di tale formalità ove si faccia nel contratto di matrimonio (1).

II. — Non v'ha dubbio sulla regola che nessun cambiamento possa apportarsi alle convenzioni matrimoniali dopo celebrato il matrimonio, poichè ciò formalmente è disposto dallo art. 1395 (1349). Non pertanto Toullier l'ha ostinatamente negato in una lunga dissertazione (XII, 24 - 41), in cui dice le seguenti cose: 1. che l'articolo 1395 (1349) non aggiunge espressamente la pena di nullità al divieto che sanziona; e 2. che siccome esso divieto nelle nostre antiche consuetudini si fondò sul timore che i coniugi, durante il matrimonio, si procurassero, sotto la forma di convenzioni matrimoniali, quei vantaggi che la legge loro vietava, e che oggidì sono permessi (articolo 1094 e 1096 (T e 1050)), a patto di essere rivocabili , ne siegue che ugualmente si permettono, sotto la condizione di essere rivocabili, tutte le convenzioni che si fan dopo la celebrazione, e che modificano il contratto primitivo , senza che per nulla venga in urto l'articolo 1395 (1349) coll'art. 1094 (T).

(1) Conf. Rodière e Paolo Pont (t. I, n. 130), e Bordeaux, 27 mag. 1853 (Devill., 53, 2, 587).

Ma tutto questo non è che un sofisma. E sulle prime è falso che sia stato motivo del divieto il timore dei vantaggi fra i coniugi, poichè nei paesi di dritto scritto, e nelle consuetudini che permettevano ai coniugi le donazioni fra vivi, del pari che in tutte le altre, quel divieto esisteva... Dal permettersi le donazioni ai coniugi non siegue ragionevolmente che loro si possa permettere di derogare al contratto di matrimonio; poichè in una donazione propriamente detta il coniuge conoscerà perlomeno quel che si fa, mentre che in una convenzione ordinaria, esso, specialmente la moglie, potrebbe essere ingannata, e procurare così un vantaggio senza neppur sospettarlo. Da ultimo, se il nostro Codice avesse voluto permettere le convenzioni che deroghino al contratto, le avrebbe certamente dichiarato pur revocabili, come le donazioni conforme all'art. 1096 (1050). Ammessa una volta la validità delle convenzioni fatte durante il matrimonio, non ostante l'art. 1395 (1349), dovrebbero tenersi irrevocabili, chè nessun testo vi si oppone, e si potrebbe dire con franchezza che sta sempre nello arbitrio dei coniugi di sostituire alla prima una diversa regola, che potrà alla sua volta venir sostituita da una terza. — Quanto all'altro argomento sulla mancanza della dichiarazione espressa di nullità, esso non è men leggiero. È chiaro che non essendovi in tutto il Codice Napoleone una disposizione analoga a quella dell'art. 1030 (1106) del Codice di procedura, ne viene come conseguenza naturale di ogni divieto la nullità dell' atto vietato, tranne solo per eccezione, in quei casi in cui il legislatore, oltre la nullità, ha dettato un'altra sanzione. Ma qui, oltrechè non vi ha testo che dichiari o faccia semplicemente supporre una sanzione diversa dalla nullità, l' art. 1453 (1418) pruova che tal nullità è la sanzione dei nostri articoli.

Va dunque errato Toullier; e bene a ragione la sua dottrina è stata rigettata da tutti gli scrittori non che dalla giurisprudenza (1).

III. — Le convenzioni matrimoniali *non* possono essere mutate dopo celebrato il matrimonio, bensì prima nell'intervallo che corre dalla soscrizione del contratto alla celebrazione; ma perchè sien validi questi cambiamenti, si richiedono talune condizioni che noi verremo spiegando, premessa qualche osservazione.

Il nostro Codice parla di cambiamenti e di *contro-scritture*; ma la seconda espressione sembra superflua, poichè è racchiusa nella prima come la specie nel genere. Infatti, la contro-scrittura è un cambiamento che smentisce il contratto, una confessione che contesti l'inesattezza premeditata di una o più clausole del contratto. Così se i futuri coniugi, indicato nel contratto di mettere in comunione i loro beni mobili, con un novello atto poi dichiarino di aggiungervi una porzione dei loro immobili, o se dichiarati parafernali i tali beni della moglie, li diranno in appresso dotali, simiglianti cambiamenti non si potrebbero chiamare controscrittura; che se al contrario si dichiari coll'atto novello che una donazione di 5,000 fr. fatta nel contratto non debba avere il suo effetto che per soli 3 mila, ciò sarà quel che spezialmente dicesi controscrittura. Ma sì nell'uno che nell'altro caso si effettua sempre un cambiamento al tenore del contratto; e tutte le ipotesi si potranno comprendere nella parola generica di *cambiamento* (2).

(1) V. Duranton (XIV-38); Battur (I, p. 2), Zachariae (III, p. 397); Rodière e Paolo Pont (I-133 e 134); Duvergier (sopra Toullier, n. 40); Troplong (I, 173, 174); Rig., 23 ag. 1826; Tolosa, 7 maggio 1829; Bordeaux, 8 dic. 1831; Rig., 31 gennaro 1833; Lione, 3 genn. 1838; Caen, 9 maggio 1844 (Dev., 32, 2, 665; 33, 1, 471; J. P., 1838; t. II. p. 37; 1844, t. II. p. 286); Lione, 21 luglio 1849 (Dev., 49, 2, 477). — V. pure Agen, 12 maggio 1848 e Rig., 16 lug. 1849 (Dev., 50, 1, 380).

(2) V. Bastia, 16 genn. 1856 (Dev., 56, 2, 81). — Sarà nulla spezialmente, perchè modificante il contratto di matrimonio, la contro-scrittura posteriore alla celebrazione, colla quale il marito e il padre della moglie riducono i lucri di sopravvivenza assicurati a questa nel contratto: per conseguenza, tal contro-scrittura non potrà opporsi alla moglie, quantunque, in faccia a chi l'ha fatto, essa non figuri come un terzo. Rig., 27 dicembre 1854 (Dev., 55, 1, 113).

Paolo Pont e Rodière (I, nn. 137-139) fanno osservare, e con ragione, che si debbon riguardare come cambiamenti al contratto le donazioni che si fanno i coniugi nell'intervallo dalla soscrizione di quello alla celebrazione del matrimonio, giacchè innovano lo stato reciproco in cui da esso eglino sono posti, ma non mai quelle che da altre persone loro son fatte; le quali non saranno soggette alle condizioni che si richiedono per la validità dei cambiamenti arrecati al contratto. Se non che diremo coi due scrittori, che lo adempimento delle condizioni richieste rendendo l'atto novello come *seguito* e parte integrante del contratto, senz'esse si potranno fare ai coniugi *solo* quelle donazioni permesse fuori *un contratto* di matrimonio; mentre che adempiendosi quelle si potran fare tutte le donazioni che può contenere un contratto di matrimonio, senza le regole che non debbonsi in esso seguire (art. 947, 1081 (871, 1037) e seg.). Ma se Rodière e Paolo Pont su questo punto si appigliano al vero, vi si scostano poi quando dicono nello stesso paragrafo che le donazioni fatte dai terzi possano, come le convenzioni *interpetrative* ed esplicative di tal contratto, *farsi senza* le condizioni richieste dalla legge pei cambiamenti recati al contratto. Non è questo un errore manifesto, un'idea falsa?

Delle due cose l'una. O la scritta di cui si tratta (e che Rodière e Paolo Pont chiamano *clausola esplicativa*, *convenzione interpretativa*), si reputi una spiegazione pura e semplice, ed allora è verissimo che non starà soggetta alle forme dei nostri articoli (nè a qualsiasi altra); ma così l'*atto* non sarà più giuridico, non obbligherà, non formerà *una convenzione*; e se al postutto farà interpetrare più in questo che in quel senso la clausola oscura o incompleta del contratto, ciò non si dovrà attribuire alla sua forza *convenzionale*, ma solo alla *dottrinale*, come a qualunque altra spiegazione, non importa da chi ed in qual tempo fatta. O la scritta sia una vera convenzione, ed abbia per oggetto di dar forza giuridica alle idee che stabiliscano, o sviluppino la clausola dubbia del contratto; ma allora la novella clausola più esplicita della prima, la seconda convenzione sostituita all'altra poco chiara, saranno un mutamento al tenore del primo contratto, poichè su questo dovrà starsi e non su quella; ed è ben chiaro che a formare il compimento obbligatorio e giuridico del primo atto, lo si debba fare secondo le forme richieste dal nostro articolo. In breve, o l'atto, che si dice interpretativo, altro non è che un comentario che giuridicamente non esiste, nè in guisa alcuna costituisce una convenzione, e che segue le forme del contratto perchè ne produce gli effetti; o forma una nuova convenzione che subentra alle prime in ciò di cui si occupa, ed allora si richiedono le forme. È dunque inesatto il dire che queste non si richiedono per una *convenzione* interpretativa.

IV. — La legge, nelle condizioni richieste intorno le convenzioni che modificano le clausole originarie di un contratto di matrimonio, secondo che queste debbansi eseguire semplicemente fra coniugi o in faccia ai terzi è più o men severa. Quando esse han luogo fra coniugi basta per essere valide che siano fatte con le stesse forme del contratto di matrimonio (cioè con atto notarile, e con minuta), e colla presenza e insieme col consenso di coloro che sono state parti nel contratto. — Fra questi si annoverano non solo i due futuri coniugi, ma anche: 1° tutti quelli parenti o altri che nel contratto han loro fatto donazione (poichè è possibile che queste sieno state fatte avuto riguardo allo stato di cose che or si vuol cambiare); 2° le persone il cui *consenso* si richiede pel matrimonio dei futuri coniugi (potendo anche avvenire che il consenso che si dava alle prime convenzioni, si ritiri pel cambiamento progettato), che perciò non si potrà fare a loro insaputa. Ma si dovranno comprendere pure gli ascendenti il *cui consiglio* solamente è necessario ad uno dei futuri? Duranton (XIV, 57) e Rodière e Paolo Pont (I, 141) rispondono del sì, la qual sentenza benchè rigettata dal più degli scrit-

tori (1), è da noi stimata esatta. Direbbesi invano con Toullier che non è parte in un atto chi vi interviene come consulente.

Ciò varrebbe ove si trattasse di consulente ordinario, il cui ufficio si riduce a dare un avviso, che potrà o no esser seguito dal contraente. Ma non è questa la condizione dell'ascendente a cui il figlio maggiore deve chiedere il consiglio pel suo matrimonio: ove egli rifiuti, non si può andare innanzi senz'altro, ma si dovranno fare una o più notificazioni, dopo le quali potrà l'ascendente fare sempre una opposizione; la quale dovrà farsi rimuovere dal figlio con una sentenza. Or come schermire quest'arma così possente posta in mano allo ascendente in faccia al figlio maggiore? Chi potrebbe affermare che un minore persista nel progettato mutamento nonostante gli atti rispettosi e la lite che dovrebbe muovere al genitore? ed essendo se non probabile, almeno possibile, che il rifiuto dello ascendente di consentire al mutamento tragga seco lo annullamento del contratto, come si potrebbe fare a sua insaputa?... Lo stesso Delaurière, che fra tutti i nostri antichi scrittori ristringe in poche le persone da chiamarsi, alle sole che avevano firmato *necessariamente* il contratto (la sua dottrina è stata rigettata da tutti e specialmente da Pothier (*Coment.* 16) come troppo rilasciata) ammette pure gli ascendenti di cui è discorso (sopra Loisel, 1, 2, 4; sopra Parigi, art. 258).

Gli altri che vi intervengono, sia come testimoni istrumentari sia con altro titolo, non sono parti nel contratto, nè debbono necessariamente chiamarsi nell'atto che deve essere modificato.

Del resto, non basterebbe il consenso delle persone riputate parti nel contratto, se una o più infra di loro lo avessero prestato con atti separati che il notaro aggiungerebbe all'atto principale. Il consenso dato in tal modo che basterebbe in qualunque altra circostanza, anche per quello dato dagli ascendenti alla celebrazione del matrimonio dei loro discendenti minori, sarebbe nel caso di nessun momento richiedendosi la presenza di tutte le persone che debbono consentire e insieme *il loro* consenso. Esse potranno farsi rappresentare da un procuratore speciale, però è mestieri che o per sè o per mezzo dei loro procuratori sieno tutti riuniti per consentire nello stesso tempo al progettato mutamento.

Si è creduto con ragione che un consenso potrebbe spesso ottenersi facilmente, ma con poca riflessione, e considerati i gravi interessi che si agitano è necessario lo esame e la discussione di tutti gl'interessati riuniti.

Ciò posto, come potrebbe spiegarsi la dottrina di Maleville (sopra l'art.), di Toullier (XII-50) e di Battur (I-n. 9) i quali insegnano non essere necessaria nè la presenza, nè il consenso effettivo delle parti, bastando un consenso presunto che risulti dal non intervenire nell'atto le parti che vi sono state chiamate? Come poter discorrere sulla efficacia del consenso presunto di una persona che non interviene, mentre che il suo consenso formale prestato con atto espresso sarà inutile, per non essere stato dato insieme con quello degli altri interessati? Come infine si potrebbe, non diremo ammettere, ma semplicemente proporre una tale idea, mentrechè il nostro articolo testualmente richiede *la presenza* delle parti, e una ammenda proposta da Jollivet quando si discuteva al Consiglio di stato, di aggiungere alle parole *senza la presenza delle parti* queste altre *o debitamente chiamate*, è stata rigettata? Bene a ragione adunque questa dottrina non è stata abbracciata dal più degli scrittori (2).

Adunque il consenso deve darsi da tutte le parti presenti, e riunite, pena la nullità

(1) Delvincourt (t. III); Toullier (XII, 51); Bellot (I, p. 42), Battur (I-47); Zachariae (III, p. 399); Troplong (I-239).

(2) Delvincourt (tom. III); Duranton (XIV, 53); Bellot (I, p. 54); Zachariae (III, p. 399); Rodière e Paolo Pont (I-42); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Troplong (I-234).

dell'atto che modifica il contratto. Da ciò però non bisogna inferire che la non-presenza di una parte (o il suo rifiuto di aderire al cambiamento, o la sua morte, o la impossibilità di manifestare la sua volontà) renda impossibile il mutamento sicchè ne sia impedito un matrimonio perchè un solo donante del primo contratto non possa, o non voglia aderire al cambiamento. Le parti da cui dipende il matrimonio son sempre libere di dichiarare che esse abbandonano il primo contratto per farne uno novello; in guisachè la non presenza del donante farà perdere ai coniugi la sua sola donazione. Ritorneremo su questa idea in fine del numero seguente, per mettere in chiaro un' inesattezza di Rodière e di *Paolo Pont*.

V. — Perchè sia valida riguardo ai terzi la modificazione non solo deve farsi nella stessa forma del contratto, e colla presenza e insieme il consenso di tutte le persone che ne sono state parti; ma stendersi in piè della minuta stessa del contratto. Senza di che l'atto accessorio, che sarebbe efficace tra i coniugi, resterebbe nullo e senza effetto riguardo ai terzi.

A questo provvedimento altro ne aggiunge la legge, che da quello naturalmente deriva ma che obbliga il solo notaro. Questi incorrerà nella pena dei danni ed interessi verso le parti lese (e, dove occorra, nelle pene disciplinari) se mai estraesse alcuna copia del contratto di matrimonio senza aggiungervi la copia dell'atto posteriore che lo ha modificato. Se il contratto di matrimonio si estraesse senza l'atto modificativo, questo sarebbe sempre valido, e i coniugi che non possono rimproverarsi della incompleta spedizione lo potrebbero sempre eseguire in faccia ai terzi, salvo a questi e il regresso contro il notaro dalla cui negligenza è derivato il danno.

Noi supponiamo però che non vi sia stata mala fede da parte dei coniugi, poichè ove i terzi provino che i coniugi con cognizione di causa, e con animo di ingannarli abbiano loro rimesso una spedizione del contratto, in tal caso non solo dal notaro, ma anche da loro potranno ripetere i danni-interessi, in forza non di questo articolo, ma del principio generale dello art. 1382 (1336). Ma non essendovi frode da parte dei coniugi, ne sarà solo risponsabile il notaro.

Vero è che Toullier (XII-68) spiega altrimenti l'articolo, intendendo per *danni-interessi* DELLE PARTI un ristoro dovuto dal notaro a *quelli che sono stati parti* NEL CONTRATTO DI MATRIMONIO; donde sorgerebbe che ai coniugi e non ai terzi nuocerebbe la mancanza della spedizione dell'atto accessorio, o a meglio dire ciò sarebbe pei terzi una causa onde annullarsi l'atto, siccome il non essere redatto in piè della minuta del contratto. Noi però opiniamo che sotto la parola *parti* s'intendano solo dalla legge *le parti lese*; e che queste sieno i terzi i quali han contratto coi coniugi, in faccia a cui l'atto resta valido, salvo il regresso per il rindennizzamento, ci si comprova dal testo medesimo dell'articolo, dalla storia della sua redazione. — Infatti l'articolo che obbliga i coniugi ad adempiere la prima formalità, dichiarando nitidamente che il cambiamento non redatto in piè della minuta sarebbe nullo in faccia ai terzi, obbliga ad adempiere la seconda il *solo notaro*, dicendo semplicemente che egli non potrebbe estrarre alcuna copia, senza aggiungervi in piè quella dell'atto modificativo. Nè la differenza fra le due parti dell'articolo fu posta per caso, poichè prima era scritto nel senso di Toullier con la sola frase seguente « nullo, rispetto ai terzi qualunque cambiamento, se non sia steso in piè della minuta del contratto, e *se la spedizione non sia rilasciata in seguito della spedizione del contratto*; » e sulla semplice proposta del Tribunato fu sostituita la espressione portaci dal Cod. (Fenet, t. XII, p. 577 e 605).

Non a torto adunque tutti gli scrittori *hanno rigettato* cotesta dottrina (1).

Il nostro articolo adunque mira a far conoscere ai terzi lo stato esatto delle con-

(1) Delvincourt (t. III); Plasman (*Contro-scritture*, p. 78); Duranton (XIV-69); Zachariae (III, pa-

venzioni matrimoniali dei coniugi con cui contraggono. Sicchè, come al numero precedente abbiam visto, ed ora meglio vedremo, è inesatta la opinione di Rodière e Paolo Pont i quali insegnano (n. 142) che se una persona è stata parte nel contratto di matrimonio per farvi una donazione e si niega d' intervenire, o di aderire al cambiamento proposto, potrà questo farsi sempre ed esser valido, ritenendosi come nulla la donazione di colui che si è negato di consentire. — In tal caso, a sentimento loro, o si potrà dichiarar nullo il primo contratto per farne un altro (e allora non esisterà la donazione, perchè non v'interviene il donante), o si farà un atto modificativo che lasci in vigore il primo contratto, in cui sarebbe annullata la donazione *ipso facto*, per non avere il donante consentito al proposto cambiamento.

Errore. La prima soltanto è la via dritta, poichè se le parti anzichè formare un novello contratto, si contentino di modificarlo senza il consenso del donante, quest'atto sarà nullo, nulli i cambiamenti apportatigli, e il contratto primitivo rimarrà valido in tutto, anche nella donazione.

Questa soluzione è scolpita nei nostri testi, come nel pensiero intimo della legge. Nei testi, poichè l' art. 1396 (1350) dichiara positivamente nullo il cambiamento fatto senza la presenza ed il consenso di tutte quelle persone che furono parti nel contratto. — Nello scopo di proteggere i terzi propostosi dalla legge, che verrebbe intieramente meno. Infatti, se i coniugi, non ostante il rifiuto del donante, con un semplice atto accessorio e modificativo (col quale, dicesi, si annullerebbe implicitamente la donazione, per il solo rifiuto del donante) potessero fare i loro cambiamenti, qual inganno non incoglierebbe ai terzi! Come potrebbero essi mai, che in forza di un contratto conoscono donato quel fondo, indovinare che l' atto modificativo abbia distrutto la donazione di cui nemmanco fa cenno? Chi farà loro conoscere o almanco supporre cotesto annullamento enigmatico intorno alle di cui cause nulla dice la legge? Essendo questo il fine del legislatore, essendo chiarissimo il testo dell'art. 1396 (1350), non altro mezzo rimane ai coniugi quando il donante del contratto si negherà di concorrere al cambiamento che essi intendono fare, e per cui rinunziano perfino alla donazione, se non quest'uno: abbandonare il primo, e fare un novello contratto.

§ 4. — *Della capacità dei contraenti.*

1398 (1352). — Il minore, capace a contrar matrimonio, è pure capace a prestare il consenso per tutte le convenzioni delle quali è suscettivo questo contratto: e le convenzioni e donazioni che abbia fatte sono valide, purchè nel contratto sia stato assistito dalle persone il cui consenso è necessario per render valido il matrimonio.

SOMMARIO

I. Il minore assistito da quelli il cui consenso richiedesi pel suo matrimonio, è qui capace quanto un maggiore, tranne una eccezione.

II. Quid *se il minore ha fatto il suo contratto pria dell'età voluta o senza l'assistenza richiesta, e il matrimonio si sia poi regolarmente celebrato o sendo nullo si sia poi ratificato? Controversia.*

III. L'articolo si applica solo al minore ordinario. Errore di Odier. Non richiedesi la presenza di coloro che devono assistere questo minore.

IV. Quid *dell' interdetto e del prodigo? Si dissente da Duranton, Rodière e Paolo Pont.*

gina 400); Rodiere e Paolo Pont (I-146); Troplong (I-248. — *Vedi* Cassaz., 15 febbr. 1847 (Dev., 47, 1, 53).

I. — Cotesta disposizione che ci è stata porta negli art. 1095, 1309 (1049, 1263), è stata da noi spiegata in quei luoghi, non che nel n. IV dell'art. 149 (164).

Onde favorire il matrimonio si è data ai minori la piena capacità dei maggiori nelle convenzioni matrimoniali, purchè sieno assistiti da coloro, il cui consenso è necessario per il loro matrimonio; così egli è dispensato dalle regole *della Tutela* e *della Emancipazione*. Da ciò tre differenze tra il contratto di matrimonio e tutte le altre convenzioni: 1° mentre il pupillo in ogni altro contratto nulla potrebbe fare per sè, ma tutto per mezzo del suo tutore, in *quello* del matrimonio stipula egli *medesimo*, assistito dalle persone indicate *dall'articolo*; 2° mentre nei contratti ordinari interviene il tutore, ovvero il curatore (se il minore è emancipato), in questo interviene il parente che deve consentire al matrimonio benchè non fosse il tutore o il curatore; 3° infine, mentre il tutore del pupillo o l'emancipato assistito dal suo curatore, ovvero il solo minore, per disporre a titolo gratuito, potrebbero soltanto agire dentro ai limiti ristretti, oltre *ai quali* o si dovrebbero adempiere alcune formalità o non si potrebbe recare ad effetto il progettato atto (art. 457, 459, 484, 903, 904 (380, 382, 407, 819, 820)); in questo il minore, per quanto sia giovane, essendo legalmente atto a maritarsi, potrà fare, assistito come vuolsi dalla legge, tutte le alienazioni, donazioni, e stipulazioni che potrebbe un maggiore. Così, per porgere solo un esempio, mentre secondo gli articoli 903, 904 (819, 820) il minore sia pur da 16 a 21 anni non può fare alcuna donazione fra vivi nè testare che per la metà del suo disponibile, una giovane potrà da 15 anni in sù (ed anche prima, ove abbia ottenuto dispensa di età per maritarsi) disporre, nè più nè meno che se fosse maggiore, per donazione fra vivi.

In breve, i minori, emancipati o no, sono capaci del pari che i maggiori per le loro convenzioni matrimoniali, purchè assistiti da coloro da cui dipendono. Se non che la futura sposa non potrebbe, ove sia minore, consentire di restringersi la sua ipoteca legale sopra i beni del marito (1).

II. — Il minore, come abbiam detto, sottoscrive validamente le sue convenzioni matrimoniali anche prima dell'età stabilita dalla legge per il matrimonio, ma dopo ottenutane dispensa; perocchè nel nostro articolo si parla di qualunque minore *abile a contrarre matrimonio*, e la dispensa rende certamente abile. Ma che si direbbe se essendosi fermate le convenzioni prima dell'età e senza dispensa, e fattosi quindi un contratto nullo, si celebri poi il matrimonio dopo l'età richiesta o dopo ottenuta la dispensa? Duranton (XIV, n. 4°) dice, senza assegnarne alcuna ragione, che il contratto nullo resterà sempre tale non ostante il matrimonio dopo celebrato. Pont e Rodière insegnano al contrario (I, 38) che il contratto sarebbe valido se seguito dal matrimonio, essendo ciò una esecuzione volontaria che conforme l'art. 1338 (1292) ratifica l'atto nullo. La quale idea, cui non pensava punto Duranton, è esattissima a sentimento nostro; ma non così semplice ci pare, come a Paolo Pont ed a Rodière, supponendo essa varie decisioni di qualche difficoltà.

Perchè il contratto possa divenir valido è necessario in prima non sia assolutamente nullo, ma solo da potersi annullare, dacchè se fosse legalmente inesistente, se fosse giuridicamente nullo non potrebbe mai divenir valido, *quod nullum est confirmari nequit*. Or se non par dubbio che il contratto di un minore inabile a maritarsi possa solo annullarsi (e non sia rigorosamente nullo) per le convenzioni a titolo oneroso, secondo gli articoli 1304 (1258) e seguenti, è molto controverso al contrario che possano anco annullarsi le donazioni che in esso si possano contenere; da molti autori e decisioni è giudicato

(1) Lione, 30 maggio 1844; Grenoble, 25 agosto 1847 (Dev., 44, 2, 449; 48, 2, 301).

che una donazione è legalmente inesistente e come non avvenuta per la incapacità di colui che la fa o che la riceve. Ammessa tal dottrina, si dovrebbe dichiarare inesistente ogni contratto che contenga donazione (inesistente per lo intero, dacchè tutte le parti dell'atto si collegano fra loro, e perciò non potrebbe annullarsi la donazione sussistendo le altre stipulazioni) per modo che si potrebbero ratificare soltanto i contratti non molto comuni, i quali non contengono una donazione. Ma secondo il nostro avviso (stabilito sotto l'art. 935 (859), n. V) l'incapacità del donante o del donatario non deve confondersi coi vizî di forma, e la donazione può per essa annullarsi e quindi ratificarsi. Or siccome la celebrazione del matrimonio o il fatto dei contraenti di voler recare ad effetto le convenzioni fatte è una esecuzione in un punto che avrebbe potuto farsi un contratto valido, noi diciamo con Paolo Pont e Rodière che il contratto, seguito che è il matrimonio, acquisti la sua piena efficacia.

Ma che si direbbe se il matrimonio fosse fatto del pari che il contratto prima dell'età stabilita, o della dispensa ottenuta, e il matrimonio quindi non fosse valido che per una delle cause indicate dall'art. 185 (T)? Rodière e Paolo Pont accostandosi a Duranton, decidono che il contratto si può sempre annullare, onde si regolino i dritti dei coniugi con i principî della comunione legale. La qual dottrina non potremmo noi accogliere senza qualche distinzione. Essa dovrà applicarsi se il matrimonio si fa valido per essere la donna incinta e per non avere ancora attinto i suoi 15 anni; perocchè un atto può ratificarsi colla volontaria esecuzione quando questa si compie in un punto che i contraenti fossero capaci di fare quell'atto. Or l'essere incinta una donna che non abbia 15 anni non la renderebbe capace di far validamente il contratto di matrimonio; ma se l'altra causa accennata dallo art. 185 (T) rende valido il matrimonio, cioè quando il coniuge, in pria troppo giovine, ha dopo sei mesi compito l'età che si richiede, oppure se la moglie la di cui gravidanza lo fa valido, ha compito (ma pria dei sei mesi) l'età che si richiede, allora il contratto è rivalidato.

Infatti che si richiedeva perchè fosse inattaccabile? Due cose: 1° che il matrimonio non sia punto annullabile (dappoichè se potesse esserlo, il contratto non sarebbe irrevocabile, scioltosi il matrimonio è anche sciolto il contratto); e 2° che il contratto si esegua allorchè le parti saran capaci di consentirlo validamente. Esistono in questo caso sì l'una che l'altra condizione, poichè la permanente esecuzione dell'atto rinnovantesi in ogni giorno dopo celebrato il matrimonio, segue fino al momento in cui le parti han compito l'età, ed hanno quella capacità che lor prima mancava.

Quanto si è detto nel num. II, intorno il contratto che si fa da una parte che non abbia l'età competente, si applica del pari *mutatis mutandis* al contratto del minore non assistito dalle persone il cui consenso è necessario pel suo matrimonio, essendo pur questa una quistione di capacità. Nei due casi l'atto può semplicemente annullarsi sulla domanda dell'incapace leso; in ambi i casi può ratificarsi. dopo di che non si potrà fare più annullare (1).

III.—Il nostro articolo, accrescendo l'ordinaria capacità del minore, parla solo del minore di 21 anno: il giovane da 21 a 25 anni, il quale ha ancora ascendenti, benchè minore pel matrimonio, è maggiore per le sue matrimoniali convenzioni, come per qualunque contratto pecuniario, e può farlo senza l'assistenza e il consenso di alcuno. Il nostro articolo riguarda il minore ordinario, e non il minore in quanto al matrimonio. La disposizione applicata al secondo sarebbe un restringere l'ordinaria sua capacità, nel mentre la legge vuole estenderla. A ragione un tal punto è considerato come costante da tutti gli scrittori, e la contraria dottrina di Odier (II 607) è erronea.

Si tiene anche per certo che le persone

(1) Vedi Rig., 5 marzo 1855 (Devilleneuve, 55, 1, 349).

la cui assistenza è voluta dall'articolo, possono qui, come sempre, farsi rappresentare nel contratto da un procuratore, e che se il minore pel suo matrimonio dipende dal consiglio di famiglia, può questo, dopo discusse e stabilite nella sua tornata le stipulazioni del contratto, contentarsi di mandare uno o più delegati per compilare e firmar l' atto innanzi il notaro.

IV.—Si è chiesto qual sarebbe, per le convenzioni matrimoniali, la capacità dell'interdetto e di colui che è provveduto di un consulente giudiziario.

Non rispondiamo alla quistione intorno all' interdetto, perchè crediamo aver provato nel *titolo Del Matrimonio* (*Osservazioni preliminari* del cap. IV, n. II) non *potere* lui contrar matrimonio. Al prodigo il maggior numero degli scrittori applicano il principio *habilis ad nuptias*, *habilis ad pacta nuptialia*, conchiudendone poter lui, non assistito dal consulente, stabilire le sue convenzioni matrimoniali e scegliere a piacer suo la tale o tal' altra regola (1). Noi non siamo di tal parere, credendo che il principio *habilis ad nuptias* sia da applicarsi soltanto al minore.

E l' idea che un tal principio non sarebbe da applicarsi al prodigo, ci pare tanto più certa, quanto i cennati scrittori rigettan poi la pretesa regola da cui ebbero preso le mosse. Riconoscono essi infatti come il prodigo sia incapace non solo di fare al suo coniuge la benchè lieve donazione fra i vivi, ma di acconsentire financo ad una clausola di mobilizzazione (art. 1505 (T) e seguenti). Se vero si fosse che qualunque abbia capacità per maritarsi, ha perciò capacità di regolare le sue convenzioni matrimoniali, potrebbe il prodigo consentire da se a tutte le stipulazioni che può contenere il contratto di matrimonio . . . Delle due cose l'una: o la regola *habilis ad nuptias* applicasi a tutti gl'incapaci, e per conseguenza il prodigo gode dell' intera capacità; o si applica essa ai minori soltanto, ed il prodigo resta del tutto incapace. Il mezzano sistema degli scrittori non è da ammettersi.

Ciò comprese Troplong (I-297), il quale in questo si unisce a noi, mentre in fondo poi se ne allontana di più ; riconoscendo qui nel prodigo piena capacità fondandosi su tre argomenti che non convincono per nulla.

Il primo è l'applicazione della regola *habilis ad nuptias*; or è questa una petizione di principio, poichè la quistione è appunto se tal regola sia o no da applicarsi al prodigo. Il secondo dice che il prodigo maritandosi sottopone i suoi beni alla ipoteca legale, benchè l' art. 513 (436) gli vieta di concedere ipoteche; dunque per il suo matrimonio egli non è più incapace. Tale argomento è per tre lati inesatto. Da una mano si tratta dello stesso matrimonio, del contratto morale, e la quistione riguarda il contratto pecuniario; dall'altra non è vero che al prodigo non sia vietato dall'art. 513 (436) di ipotecare, poichè esso gli vieta non di sottoporsi alle ipoteche stabilite *dalla legge* per questa o quella condizione preveduta, ma soltanto di consentire e stabilire delle ipoteche; da ultimo, vera anche la premessa, sarebbe sempre falsa la conseguenza, dacchè non si può inferire dal particolare al generale, e la capacità che per eccezione si concederebbe per dare ipoteca alla moglie, non varrebbe la capacità di consentire ogni sorta di patti. L'ultima ragione relativa alle donazioni è che la donazione fatta dal marito è il contratto oneroso *do ut des* anzichè una vera donazione, poichè la consorte ne dà in prezzo la sua bellezza , la sua gioventù e le sollecite cure... Non sappiamo com'entrano qui la bellezza e la gioventù della consorte (che del resto potrà essere spesso nè giovane, nè bella). La gioventù, la bellezza, le sollecite cure, tutti i vantaggi fisici e morali della consorte sono l'oggetto del contratto morale che costituisce il matrimonio, ma non di quello pecuniario che si forma presso il notaro e del quale noi trattiamo; le qualità della moglie o anzi la stessa moglie , riceve in prezzo non il danaro del

(1) Toullier (II-1379); Duranton (nn. IV-15); Odier (II-613); Rodière e Paolo Pont (I-45).

marito, ma il marito stesso che si concede tutto a lei, com'ella a lui. I tre argomenti adunque del dotto magistrato sono di nessun valore, o la quistione resta integra.

La quistione deve esser risoluta nel senso dell'incapacità. E in prima colui ch'è incapace per una legale disposizione, non lo è sempre quando non è stabilito altrimenti? Ma poichè l'incapacità del prodigo per la disposizione dei suoi beni non è in nessuna parte come quella del minore conforme al nostro art. 1398 (1352), è forza confessare che egli sia incapace in questo caso come sempre. Non è ragionevole cotesta regola del dritto positivo? Si tratta d'uno di quei tristi ordinamenti, rari per avventura, che non fan sospettare dell'amministrazione non molto ragionevole d'un patrimonio, d'un uomo che per le sue molte dissipazioni e dispendî scandalosi è stato interdetto ond'esser protetto contro sè stesso, e si sarebbe tolto il patrocinio nel caso appunto in cui potrebbe esser vinto dalla seduzione, così che sarebbe in preda alle sue malaugurate tendenze! Costui non assistito dal consulente non può donare un ottavo delle sue sostanze, nemmeno per ricompensare la più cara devozione, ed un'astuta cortigiana che coi suoi incanti lo trascina ad un matrimonio di cui ella poi si ride, potrà farsi donare tutto il di lui patrimonio senza che alcuno possa esaminare o censurare! Può avvenire che il prodigo, come vuol supporlo Troplong, « abbia scelto una consorte onesta, di gentil casato, di sperimentata virtù » e sono quindi ragionevoli e ben collocati i vantaggi che le si fanno, ma dovendo temersi il contrario per la condizione del prodigo, a buon dritto il Codice vuole che le condizioni di lui sieno riscontrate da un uomo di maggior criterio, il quale le approverà, se ragionevoli, se no, le impedirà o renderà nulle ricusando il suo consenso.

Da ciò segue che la sola regola, cui possa validamente sottoporsi il prodigo, senza l'assistenza del consulente, sia quella della comunione legale. La quale stabilita dalla legge è indipendente dalla capacità del coniuge; esiste di pieno dritto come la trasmissione per successione legittima è di pieno dritto, tanto se il defunto sia un bambino di 6 mesi, quanto se un maggiore. Se il prodigo, non assistito, adotta altre regole, il contratto potrà farsi annullare per cagion d'incapacità tanto dal prodigo, che dai suoi aventi-causa quando non è stato ratificato (1).

CAPITOLO SECONDO

DELLA REGOLA DI COMUNIONE.

1399 (1395 M).—La comunione, tanto legale, che convenzionale, incomincia dal giorno del matrimonio contratto avanti l'uffiziale dello stato civile. Non si può stipulare che essa incomincerà in un' altra epoca.*

(1) *Vedi* Bordeaux, 7 febbr. 1855, e Pau, 31 luglio 1855 (Dev., 56, 2, 65).— Zachariae, per quanto può giudicarsene dal suo modo troppo stringato, par che abbracci la medesima dottrina che noi. Difatti egli dice, che se la capacità di fare un contratto di matrimonio suppone necessariamente quella di maritarsi, questa non *importa necessariamente la prima*; che siffatta capacità, quanto ai beni, è governata *dai principî generali*, e la disposizione del nostro art. 1398 (1352) deve riguardarsi come *un' eccezione alla regola* (III, p. 39, 3391). — Vedi però in senso contrario, oltre l'opinione di Troplong, quella di Toullier (t. II, numero 1379), Duranton (t. XIV, n. 15); Rodière e Paolo Pont (t. I, n. 45); Odier (t. II, num. 613).

* Il nostro art. 1395 è così concepito:

« Non è vietato agli sposi di convenire una società o comunione di beni. Questa non si presumerà; ma dovrà espressamente stipularsi, spiegando di volersi sottoporre al regime della comunione. Non potrà stipularsi che cominci da un' epoca diversa da quella del matrimonio. Gli sposi stabiliranno i patti di tale comunione, purchè non si oppongano alle disposizioni espresse negli art. 1342, 1343 e 1344.

In difetto di patti particolari che regolino la comunione, si osserveranno le norme che sono prescritte nel titolo X di questo libro pel *contratto di Società*: ed oltre a ciò si osserveranno i seguenti stabilimenti.

SOMMARIO

I. — Nel più delle nostre antiche consuetudini, la comunione cominciava il dimani del matrimonio; secondo alcune, dopo un anno ed un giorno. Il Codice, che come abbiam veduto proscrive i contratti privati, già tempo permessi, onde meglio si raffermino le convenzioni matrimoniali, ha voluto già garantire il medesimo fine, e non bastandogli il dichiarare che la comunione stipulata dai coniugi avrà principio senza una formale spiegazione il giorno che si celebra il matrimonio, ha soggiunto *non potere* avvenire altrimenti , dovendo *sempre* seguirsi la regola , non ostante una diversa stipulazione.

Poichè i coniugi non possono dar principio alla comunione in un giorno diverso da quello in cui il matrimonio si celebra, non potrebbero validamente stipulare di abbracciar prima la regola dotale, e dopo un certo tempo quella della comunione. Viceversa, sebbene il testo sia muto, non potrebbero nemmeno far *cessare* la comunione in un tempo diverso dallo scioglimento del matrimonio, stipulando che scorso un certo tempo, alla regola della comunione seguirà quella dotale. Non vi ha nè ragione nè pretesto perchè si possa abbracciare prima la comunione e poi la regola dotale, ovvero questa prima e quella dopo ; la legge vuole che la comunione non si scinda, che debba ammettersi o rigettarsi senz'altro, cotalchè o regola sempre o mai l'unione coniugale.

II. — In tal modo la comunione non può essere stipulata con un termine, nè quello *ad quem* nè quello *a quo*. Ma non potrebbe esser forse stipulata con condizione sospensiva o risolutiva, e non sarebbe da dichiararsi valido il contratto in cui direbbesi che i coniugi avrebbero comunione di beni se durante il matrimonio si effettuisse la tal cosa, oppure che adottasi la comunione dai coniugi, ma sarebbe questa come non avvenuta e sostituita la regola dotale se la tal cosa si adempisse? Ad onta la contraria opinione di Toullier (XII-83, 84) e di Duranton (XIV-97) rispondiamo del no. La stabilità delle matrimoniali convenzioni non è alterata tanto se vi sia condizione che termine ? Con questa differenza tra i due casi, che essendovi condizione, la coniugale associazione , per lo effetto retroattivo di quella , sarà *giuridicamente* governata da una sola regola: a mo' di esempio, se dalle parti si è detto che sarebbero in comunione se loro nascesse un figlio , bene è vero che la nascita di questo dopo due o tre anni di matrimonio farebbe rimontare giuridicamente la comunione al punto stesso della celebrazione, e così la regola diversa dei primi anni sarebbe fittiziamente riputata come non esistita; ma un tal fenomeno puramente *fittizio* impedirebbe la *realtà* delle cose, e ne distrurrebbe gl'inconvenienti ? Benchè giuridicamente non possa qui esistere che una regola, non è men vero che in fatto ne esisterebbero due; or il legislatore ha inteso determinare che le convenzioni matrimoniali sieno non fit-

tiziamente, ma realmente ferme (1).

Non solo la differenza tra la condizione e il termine non scemerebbe gl' inconvenienti della varietà della regola, ne accrescerebbe bensì, e la retroattività della seconda regola che si sostituirebbe alla prima, anche pel passato, sarebbe sorgente feconda di inesplicabili difficoltà; di modo che *a fortiori* bisogna applicare alla condizione quel che si è detto del termine.

Toullier primo sostenitore sotto lo impero del Codice di questa dottrina della stipulazione convenzionale di comunione, cade in contraddizione, e senza pur saperlo danna il sentimento che vuole stabilire. La ragione, secondo lui è, che la condizione, diversa dal termine, avendo lo effetto retroattivo, ne risulta che giuridicamente la comunione sarebbe sempre o mai esistita. Spiega egli che il fine del nostro art. 1399 (1395 M) è di togliere le difficoltà nate da alcune disposizioni, come quelle della Consuetudine di Brettagna, che sottoponeva la comunione alla *condizione* che i coniugi durassero in matrimonio per un anno ed un giorno; insiste che l'effetto retroattivo di tal condizione, facendo risalire la convenzione al giorno del matrimonio, ne nascevano le difficoltà che a ragione il Codice ha dileguato.

Difatti non solo il nostro testo vieta che si dia principio alla comunione durante il matrimonio, fosse anche una comunione retroattiva; ma gli è giusto di questa che ci parla, dappoichè è stato suo fine far scomparire la contraria regola delle antiche consuetudini per la quale la comunione dopo un anno e un giorno retroagiva al giorno degli sponsali: *trahitur retro ad diem nuptiarum* diceva Dumoulin (V. Pothier, *Comunione*, nn. 22, 23 ed il *nuovo Denisart*, V. *Comunione*, § III).

III.—Parlando il nostro articolo della comunione è da concluderne che il Codice stimi solo per essa stabili le matrimoniali convenzioni, e che potrebbesi con condizione o con termini adottare due o tre regole, purchè la comunione non fosse tra queste? Potrebbesi convenire che i coniugi saran sottoposti alla regola dotale, fino a tanto che la moglie abbia 25 anni, che vi sarà dipoi regola esclusiva di comunione fino a tal altro tempo, quindi separazione di beni? Rispondono del sì Rodière e Paolo Pont (n. 85) e vi si decidono per la ragione che le tre regole di non comunione sono deduzioni d'uno stesso sistema. Non siamo noi di tal parere.

Di certo le tre regole hanno un punto comune, il rigetto della comunione: ma sono molte diverse l'una dall'altra, perchè si possa sostituire questa a quella senza derivarne sì in quanto agli sposi che in quanto ai terzi gli sconcerti e le difficoltà che il Codice ha voluto prevenire. Sarebbe un leggiero cambiamento, a mo' di esempio, il sostituire l'esclusione della comunione alla separazione dei beni? Sotto la prima regola avea la moglie l'amministrazione libera dei suoi beni, come il godimento delle sue entrate, alle quali il marito non toccava; sotto il secondo il marito amministra i beni della moglie come nella comunione, e le entrate di questa invece di formare un fondo comune appartengono al marito che ne dispone per suo particolare vantaggio; qui il cambiamento sarebbe più grande del passare dall'esclusione di comunione alla comunione, la quale sta nel mezzo dei due estremi! Che ne sarebbe se il sostituire un estremo all'altro dovrebbe farsi con effetto retroattivo?

Se il legislatore avesse creduto che i coniugi potrebbero passare da una regola ad un'altra con la sola condizione di restare fuori la comunione perchè non avrebbe permesso con tal condizione di fare un nuovo contratto durante il matrimonio? La cura da lui posta ad assicurare l'immutabilità delle convenzioni matrimoniali senza distinzione alcuna di regole, prova chiaramente per noi, come per Bellot (*loc. cit.*), l'assoluta invariabilità che ei vuole; e noi

(1) Conf. Bellot (III, p. 4-23); Rodière e Paolo Pont (I, 82, 83); Troplong (I-382); Odier (II-674); Duranton (XIV-99); Battur (II-251).

crediamo che il pensiero della legge riassumasi in tal doppia idea : i coniugi saranno liberi di adottare il sistema di convenzione che meglio loro piacerà, ma questo sarà necessariamente unico e regolerà, senza potersi variare, la coniugale associazione dal suo principio sino alla fine.

Il pensiero d'immobilità, di unità risulta più dagli art. 1394 e 1395 (1348 e 1349) che dal nostro art. 1399 (1395 M). Questo è una applicazione del pensiero generale ; e se il legislatore ha espresso formalmente la regola pel caso particolare di comunione, è unicamente perchè per questo ci trovava regole contrarie alle antiche *consuetudini*.

IV. — *In* tal modo dunque il contratto *non può* stabilire che un sistema unico e identico per tutto il tempo del matrimonio. Ma a quale regola i coniugi sarebbero sottoposti in faccia ad un contratto che con una condizione od un termine adotterebbe molte regole? Sarebbe alla tale o alla tale altra delle stipulate? spetterebbe di pieno dritto e sempre alla legale comunione? Bisogna appigliarsi a questo secondo partito.

E di fatti per parlar prima del caso di un *termine*, allorchè i coniugi han dichiarato *di* adottare la tal regola sino al tal tempo, e la tal'altra poi, non vedesi nella volontà delle parti pensiero alcuno di prender l' una delle due regole, o l' altra per l'intiera durata del matrimonio ; e poichè il contratto non manifesta la volontà dei contraenti su l'unico sistema che deve regolarli ; è forza respingere tal contratto , e porre i coniugi sotto la regola del dritto comune, pari a quei che non hanno scritto matrimoniali convenzioni. Direbbesi inutilmente che se le due o tre regole cennate nel contratto prendevansi fuori la comunione, gli sposi hanno manifestata almeno la volontà di non essere in comunione, e perciò si deve scegliere l'una delle regole del contratto. Non potendosi preferire questa alla tal regola, il contratto è come se non esistesse, o se si vuole, come se con esso le parti non abbian voluto la comunione. Or un contratto che direbbe quale regola non si vuole senza specificare la voluta , sarebbe come non esistente, e porrebbe i coniugi sotto la legale comunione (1).

Sarebbe lo stesso ove siavi una condizione. A mo' di esempio quando due sposi stipulano che resteranno separati di beni se non avranno figli, e che saran sottoposti alla regola esclusiva di comunione nel contrario caso, il loro contratto non dice nulla di chiaro quale dei due sistemi avrebbero preferito come loro regola assoluta con o senza figli ; e poichè tal contratto non fa cenno della scelta dell'unica regola si reputa come non fatto, e pone i coniugi sotto la regola del dritto comune.

Con ciò si confuta la dottrina con cui Rodiere e Paolo Pont nell'ammettere in un caso particolare la nullità delle condizioni, da noi credute nulle in tutti i casi possibili, insegnano (n. 85, *in fine*) che l'esser nullo lo abbracciare con condizione le due regole diverse dalla comunione , non sarebbe governare i coniugi da questa, perchè nel contratto si indicherebbe di essersi voluta *escludere in tutti i casi*, e quindi dovrebbe dichiararsi li reggerebbe quella delle due regole indicate nel contratto che parrebbe più propria per l'autorità del marito e pei figli, *perchè la più morale*. . . La prima ragione tratta dal non volere i coniugi la comunione è senza effetto. Nè lo è meno la seconda per la quale tal regola dovrebbesi preferire come più morale ; tutte le regole che la legge autorizza sono tutte del pari e perfettamente morali. La sola da preferirsi e che deve regolare l'associazione è quella scelta dalle parti o indicata dalla legge per coloro che non ne hanno fatto esclusivamente la scelta.

V. — Cominciando sempre la comunione il giorno stesso della celebrazione del matrimonio, è erroneo il dire, come fa Toullier (XII , nn. 75-81) e poi Championnière e

(1) È questo un caso analogo a quello di chi farebbe un preteso testamento solo per dichiarare che ei vuole i suoi beni non passino ai suoi eredi di sangue, senza dire a chi intenda lasciarli. Non sarebbe quello un testamento, ed in conseguenza i beni passerebbero agli eredi del sangue.

Rigaud (IV-2835), per aver mal compreso Dumoulin e Pothier, che la comunione non esista tra i coniugi durante il matrimonio; che si effettui quando la moglie accetti la comunione dopo quel che chiamasi (impropriamente in questo sistema) scioglimento di essa; e che fino allora ella non sia in comunione, ma potrà esserlo: *non est socia, sed speratur fore.*

Fin'anco nelle consuetudini, alloraquando il marito riputato signore e padrone della comunione, aveva il dritto illimitato di disporre, che gli articoli del Codice 1422-1424 (TT) han ristretto, la comunione era durante il matrimonio, la moglie trovavasi in comunione, ed il *non est socia sed speratur fore* di Dumoulin, ricordato da Pothier, era un modo di esprimere con energia i dritti dell'amministrazione del marito. Trattavasi della relazione tra questi ed i terzi, e dicevasi che il marito poteva fare « *Come se la moglie non fosse con lui in comunione* ». Essa lo era dunque, ed in tal modo che lo stesso Pothier dice che come *capo della comunione*, come *mandatario della moglie* il marito può disporre della *porzione della moglie sua* (Pothier, *Comunione*, n. 22, 23, 498, ecc.).

Con maggior ragione non è da dubitare della realtà della comunione sotto il Cod. Napoleone, il quale restringe i dritti, pria illimitati, del marito, e gli dà il nome più logico di *amministratore*, che sostituisce a quello di *signore* e *padrone*. E cosa importa la possibilità che il marito dissipi i beni comuni? Non ha perciò la moglie il dritto di chiedere la separazione per mettere in salvo la sua *porzione* di beni comuni, e *far finire la comunione*, che non potrebbe finire se non esistesse? Se il dritto di comproprietà della moglie non fosse, ed il marito fosse unico proprietario, non potrebbe quella lagnarsi dei dissipamenti di questo, e farla cessare! Vero che la moglie in compenso dell'eccedente potere di amministrazione del marito ha il dritto, sciolta la comunione, di rinunziarvi; ma un tal dritto prova come la comunione esistesse durante il matrimonio; e lungi dal dire che la moglie non è in comunione e può diventarla accettando, è d'uopo riconoscere che essa lo è, e può non esserlo rinunziandovi.

Il sistema di Toullier, Championnière e Rigaud distrugge tutte le disposizioni del Codice; ed a ragione è respinto da tutti gli scrittori (1).

PARTE PRIMA

DELLA COMUNIONE LEGALE

1400 (T). — La comunione che si stabilisce colla semplice dichiarazione di maritarsi sotto il regime della comunione, o che deriva dalla mancanza d'ogni contratto, soggiace alle regole spiegate nelle sei seguenti sezioni.

I. — Secondo il testo, i coniugi son sottoposti alla legale comunione: 1° quando han dichiarato nel contratto, senza porre modificazione alcuna alle regole della legge, di adottare la comunione; e 2° quando *non vi è contratto*; ma ben si comprende che queste ultime frasi abbracciano non solo il caso in cui non vi è contratto, ma anche quello in cui il contratto già fatto fosse legalmente non fatto, sia perchè steso in carta privata, o nullo per mancanza di forma, sia perchè si riporti ad un'antica consuetudine, o sia tanto oscuro da non far comprendere quale regola siasi voluta adottare, sia in fine, perchè adotterebbe vari sistemi invece di un solo per tutto il tempo del matrimonio.

(1) *Vedi* specialmente Duranton (XIV-96); Battur (I-64); Zachariae (III, p. 408); Rodière e Paolo Pont (I-293 a 295), Duvergier (sopra Toullier); Troplong (I-333).

SEZIONE PRIMA.

DI CIÒ CHE FORMA LA COMUNIONE ATTIVAMENTE E PASSIVAMENTE.

§ 1. — *Dell'attivo della comunione.*

1401 (T). — Lo stato attivo della comunione è composto:

1° Di tutti gli effetti mobiliari, che i coniugi possedevano nel giorno della celebrazione del matrimonio, come pure di quelli che loro pervengono durante il matrimonio a titolo di successione, od anche di donazione, quando il donante non abbia dichiarato il contrario;

2° Di tutti i frutti, rendite, interessi, ed annualità, qualunque sia la loro natura, scadute o percette durante il matrimonio, e provenienti da beni, che appartenevano ai coniugi al tempo del loro matrimonio, o di quelli che loro sono devoluti durante lo stesso, per qualsivoglia titolo;

3° Di tutti gl'immobili acquistati durante il matrimonio.

1402 (T). — Qualunque immobile si ritiene come acquistato in comunione, se non è provato che uno de' coniugi ne aveva prima del matrimonio la proprietà, od il legale possesso, ovvero che gli è pervenuto dappoi per titolo di successione o di donazione.

1403 (T). — I tagli de' boschi ed i prodotti delle cave e delle miniere, cadono nella comunione per tutto ciò che è considerato come usufrutto, secondo le regole spiegate al titolo dell'*Usufrutto, dell'Uso e dell'Abitazione.*

Se durante la comunione non sono stati fatti i tagliamenti de' boschi che potevano essere fatti a norma delle suddette regole, ne sarà dovuta la compensazione al coniuge non proprietario del fondo od a' suoi eredi.

Se le cave e le miniere sono state aperte durante il matrimonio, i prodotti non cadono nella comunione, salvo che colla compensazione od indennizzazione a favore di quello fra i coniugi cui potrà essere dovuta.

SOMMARIO

I. La comunione, i di cui beni formano un terzo patrimonio in faccia ai due patrimoni dei coniugi, e che ha specialmente l'usufrutto dei beni di questi (censura delle idee di Toullier), ha per attivo tre sorta di beni.

II. 1° Beni mobili dei coniugi. *L'azione di ricupera o di ricompensi sù di una precedente comunione è mobile o immobile secondo il risultamento della liquidazione. Errore di Toullier; confutazione della dottrina di Troplong.*

II bis. *La stessa regola è per le obbligazioni alternative;* secus *per le facultative. Dell'obbligazione di fare.*

III. Ogni rendita è mobile, ed entra perciò in comunione la rendita vitalizia non meno che le altre. Errore di Toullier.

IV. La comunione abbraccia tutti i mobili dei coniugi da qualunque causa loro provengano, anche per successione o donazione; non importando che nella divisione il coniuge abbia ricevuto oltre i mobili anche degli immobili. Lo stesso è dei crediti attribuiti per intero alla porzione del coniuge condividente. Dissentesi da Duranton.

V. Le opere letterarie, scientifiche o artistiche vanno nella comunione (Errore di Toullier e Battur). Idem *degli uffici trasmessibili, ma il titolare sopravvivente non è obbligato a venderli. Della metà del tesoro attribuito* jure soli *al coniuge proprietario del fondo. Si dissente da molti scrittori. Rimando per la legge dei 25 giugno 1850.*

VI. 2° Frutti dei beni propri. *La comunione abbraccia tutti i frutti naturali o civili maturati o percepiti durante il suo corso. I frutti anteriori al matrimonio vi si comprendono non come frutti, ma come mobili*

ordinario. — Errore di Odier. — Rimando al titolo dell' Usufrutto *per diverse regole. — Si deve un compenso alla comunione per le spese di semente, cultura, ecc. su i frutti esistenti nei beni propri di un coniuge al tempo dello scioglimento. Deve ugualmente essere ristorata per ogni ricolto che avrebbe dovuto farsi sopra un fondo proprio, innanzi lo scioglimento.*

VII. 3° Acquisti. *Tutti i beni si presumono comuni fino alla pruova contraria fatta da uno dei coniugi; provandosi o che il coniuge abbia avuto pria del matrimonio la proprietà dell'immobile o il suo possesso civile (errore di Toullier) o che abbia acquistato i beni durante il matrimonio per una delle cause per cui possono derivare dei beni propri.*

I. — L'attivo della comunione coniugale abbraccia tre specie di beni: 1° tutti i beni mobili che i coniugi possedevano maritandosi, e quelli che essi acquistano durante il matrimonio per successione o donazione, tranne in quest'ultimo caso, che il donante non disponga delle cose mobili con la condizione che sarebbero di proprietà del donatario; 2° tutti i frutti dei beni che rimangon propri ai coniugi; 3° in ultimo tutti i beni, anco immobili, acquistati in comune dai coniugi. In tal modo la comunione ha intiera proprietà di quasi tutte le cose mobili, degli immobili acquistati in comune, e l'usufrutto dei beni rimasti di proprietà ai coniugi.

Si può adunque ben dire che la comunione forma in una casa tre patrimonî: quello del marito, ossia i beni che gli restano proprî; il personale patrimonio della moglie; quello infine della comunione che abbraccia la proprietà dei beni non proprî dei conjugi, e il godimento de' proprî. Un tal modo di dire non è per nulla inesatto, ed è di niun conto la censura che fa Toullier (XII-82) a Delvincourt, Proudhon ed altri, per aver detto che a ben comprendere la posizione dei coniugi che son in comunione, bisogna considerare questa come una persona morale posta tra il marito e la moglie, la quale è proprietaria dei beni a lei personali, mentre ha l'usufrutto dei beni dei coniugi; il suo patrimonio amministrasi dal marito, e che n'è mandatario.

Sono assurde tali idee per Toullier, il quale pretende, come si è visto nell'artic. 1399 (1395 M), che la comunione non esista, che il Codice dica parole vuote di senso nel parlare d'una società pecuniaria che ha principio con la celebrazione del matrimonio, e fine col suo scioglimento, e che i beni chiamati a torto della comunione sono beni del marito; negando anco l'esistenza della comunione, ed in conseguenza la possibilità dei dritti appartenenti a questa, Toullier tiene come altro assurdo l'usufrutto o dritto di godimento che appartiene a tal comunione sù i beni proprî dei coniugi, e cogliendo qualche speciale varietà tra il dritto di godimento e quello dell' ordinario usufrutto, conchiude non esservi usufrutto nella nostra materia. Ma noi che stimiamo come ogni altro, che la comunione è comunione, e i beni comuni son beni comuni, noi che non immaginiamo che per far trionfare una idea strana possansi distrurre le disposizioni di un intero titolo, e che anco crediamo (e Duvergier annotatore di Toullier si accosta anche a noi) che il sistema del dotto professore di Rennes è una eresia, diciamo che oltre, e di fronte ai beni appartenenti primieramente (e solo per la nuda proprietà) al marito da un lato, alla moglie dall'altro, esiste un fondo di comunione, un sociale patrimonio, il quale comprende insieme con l'intera proprietà di altri lucri il godimento di quelli dei coniugi.

Non fa d'uopo ammettere che la comunione per una finzione di dritto, ch'esiste in altre circostanze, costituisca propriamente una persona giuridica, civile (non che la sua esistenza sia assurda, checchè ne dica Toullier, perchè non lo sarebbe dippiù nella società coniugale, siccome osserva Duvergier, di quello che non lo è nelle società commerciali, la cui natura se meglio studiata da Toullier gli avrebbe tolto le false idee, intorno a ciò professate). Ma se non esiste giuridicamente una persona civile, la comunione non è una parola

vuota di senso, e a lato delle due masse di beni, personali gli uni al marito, gli altri alla moglie, ve n'ha un' altra di beni comuni di cui fa parte il dritto di usufrutto delle due prime (1).

I beni della società coniugale chiamansi o *beni comuni o acquisti* (*conquets o acquets*) indistintamente; ma quest' ultime espressioni sono esatte pei beni che pervengono alla comunione durante il matrimonio, nel mentre quella di *beni comuni* si applica tanto a quei che formano il fondo sociale nel punto del matrimonio, che agli *altri*. I beni personali dei coniugi chiamansi *propri di comunione* o semplicemente *propri* (2).

Esaminiamo ciascuna delle tre classi di beni componenti il fondo sociale.

II.—1° Beni mobili.—La comunione abbraccia tutti i beni mobili dei coniugi, come anco quei che lor pervengono durante il matrimonio, e quelli che loro appartenevano il giorno delle nozze (3). Abbiamo spiegato abbastanza nel titolo 1 del lib. 2 (art. 516-536 (439-461)) quali beni son mobili, quali altri immobili; ma dobbiamo esaminare molte quistioni più o meno delicate che sorgono da questa prima parte dell'art. 1401 (T).

Il dritto di ricompenso che un coniuge dovrebbe esercitare su d'una comunione precedente, per cagion di capitali suoi propri entrati nella cassa comune, entra necessariamente nella sua seconda comunione? Secondo alcuni è questo un credito, un dritto *ad pecuniam* sempre mobile e che cade forzosamente nella nuova comunione; secondo altri invece esso deve riguardarsi siccome cosa che entra nella comproprietà del coniuge su i beni comuni da dividere, in modo che la sua natura resta alternativa e indeterminata sino alla divisione per diventare mobile o immobile, ed entrare o no nella comunione secondo che nella divisione il coniuge avrà per le sue azioni mobili o immobili. La quistione non è dubbia.

La prima dottrina fu abbracciata nello antico dritto sino a Pothier, ma la seconda cominciò a prevalere pria del Codice Napoleone, ed è quella consacrata oggi dagli art. 1470, 1476 (TT). Vero che la contraria opinione professata in pria da Toullier, senza buona fortuna (XII-3), è con forza sostenuta da Troplong (I, n. 374-400) (4); ma la lunga dissertazione del celebre magistrato, anzichè combattere vittoriosamente la giurisprudenza stabilita oggi in senso contrario, trae con se la confutazione dell' erroneo sistema che si sostiene (5).

Egli, dopo avere dottamente stabilito questo fatto (non contrastato da chicchessia), che nel vecchio dritto era sempre prevaluto aver quel dritto necessariamente indole mobiliare e quindi appartenere alla novella comunione, afferma non essersi mai mutata cotesta idea, e il mutamento avvenuto più tardi, e di cui Po-

(1) Toullier cade in un uguale errore e forse più strano per la regola dotale quanto al dritto del marito sui beni dotali (art. 1549, n. II (1362)).

(2) In altro tempo i beni comuni chiamavansi *conquets* (e non *acquets*); e i beni personali dei coniugi dicevansi *propri di comunione* (e non semplicemente *propri*). La ragione era che la legislazione consuetudinaria ammetteva riguardo ai *conquets* opposti ai *propri di comunione*, in materia di società coniugale, degli *acquets* opposti ai *propri di successione* in materia di eredità. I propri di successione erano i beni che il defunto avea ricevuto in retaggio; gli acquisti erano quelli che egli avea avuto in tutt' altro modo, e che quindi non costituivano beni di famiglia. — Oggi che la legislazione non occupasi più dell'origine de' beni in materia di successione (art. 372 (288)), la parola *propri* vuol dire per se sola *propri di comunione*, e i beni comuni possono dirsi *acquets* e *conquets*, il Codice usa indifferentemente or l'una or l'altra espressione (art. 1402, 1408 (TT)).

(3) Tutti gli oggetti mobili che servono all' uso dei due coniugi in comunione, si presumono legalmente far parte di essa, tranne che l' uno dei coniugi non provi di appartenergli in proprio in virtù d' una clausola del loro contratto di matrimonio o d'un titolo espresso: non basterebbe che l'uno dei coniugi, specialmente la moglie, giustificasse aver comprato tali oggetti durante il matrimonio e con danaro che direbbe proprio. Parigi, 17 gennaro 1854; Cass., 22 marzo 1853 (Dev., 54, 2, 209; 53, 1, 246).

(4) *Junge*: Nancy, 16 febbr. 1832 (Dev., 52, 2. 545).

(5) Abbiamo già confutato tal dottrina di Troplong in un articolo pubblicato dalla *Revue de droit français et étranger* (1850, p. 206). — *Vedi* anche *Revue critique* (tom. 2, p. 577).

stione (sul senso della quale Troplong si è ingannato) è se il prendersi questa *cosa comune* sia un pagamento di credito, ovvero un prelevamento che costituisce uno degli atti di divisione della comunione. Che cosa dunque importa questa incredibile obbiezione di lui, che gl'immobili acquistati appartenendo sempre alla comunione, vi ha confusione quando si crede che essi sieno prelevati a titolo di proprietario?

L'errore è di lui che confonde il prelevamento dei *beni comuni* per le azioni di ricupera con il ritratto *dei propri*. Certo gl'immobili acquistati sono beni comuni, e non propri, ma la nostra quistione si applica *appunto ai beni comuni* e non già ai propri. Troplong avrebbe schivato cotesto errore se avesse letto Pothier, il quale trattandosi di beni propri non parlerebbe di un dritto maggiore nella *comunione* (non essendo i beni propri nella comunione); non parlerebbe degli effetti della *divisione* (non dividendosi i beni propri); non direbbe che la cosa prelevata *si reputi* essere appartenuta sempre al coniuge (i beni propri appartenendogli sempre realmente). Che importa lo allegare più volte Renusson Ferrieres, Coquille ed altri, i quali tutti professavano l'antico sistema già abbandonato dal Codice? Ed è altro errore di lui il presentare in fine la decisione del 1832 come se ammettesse l'idea della dazione in pagamento, avvegnachè quella decisione trovi invece non ammessibile quell'idea tanto che la porge come una prova del non potersi ammettere il principio da cui si genera.

Abbiamo dunque per certo insieme con gli scrittori e la giurisprudenza, che secondo il sistema indicato e non adottato da Pothier, ammesso poi dal Codice, i beni ottenuti per lo esercizio del dritto di ricupera entrano o pur no nella novella comunione secondochè son mobili o immobili (1).

II *bis*. — La sopraddetta regola si applicherebbe pure ad ogni credito alternativo di un coniuge, e di cui due oggetti sarebbero l'uno mobiliare, l'altro immobiliare; come per esempio, se il coniuge fosse legatario o di un immobile o di una somma di 15,000 fr. dovutigli dall'erede. Se questi paga la cosa mobile, il dritto è mobiliare e spetta alla comunione; se rilascia l'immobile, il credito resta immobiliare e l'oggetto in proprietà del coniuge. Se l'obbligo fosse semplicemente facoltativo, non si dovrebbe riguardare la natura dell'oggetto rilasciato al creditore. Allora infatti un solo, non due sono gli oggetti dell'obbligazione (il secondo essendo soltanto in *facultate solutionis*), e la sua natura si determina da quella dell'unico oggetto; se l'oggetto dovuto è mobile, ed immobile quello che è in facoltà di darsi, sarà della comunione il credito, sebbene il coniuge riceva l'immobile dal debitore.

Il già detto per le azioni di ricupera o ricompensi da esercitare sopra una precedente comunione e per tutti i crediti alternativi, deve pure, a nostro sentimento, applicarsi ad una obbligazione di fare (Pothier, *Introduzione alle consuetudini*, numero 50) insegnava, come fa anche oggi Troplong (1-401), che cade sempre nella comunione cotesta obbligazione che per lo inadempimento del debitore si muta in una semplice obbligazione di determinata somma. Idea inesatta. Quando l'obbligazione di fare si muterà in obbligazione di somma determinata, essa cadrà nella comunione; ma nel suo stato primitivo l'obbligazione può delle volte essere immobiliare. Così quando un intrapreditore si è obbligato fabbricarmi una cosa sul mio terreno, l'oggetto del mio credito è *domus aedificanda*, è una casa; se questa mi si riserba, se l'obbligo si esegue direttamente, anzichè mutarsi in obbligazione pecuniaria,

(1) Coin-Delisle (*Revue de droit francais*, 1846, t. I, p. 657); Paolo Pont e Rodière (I-335); Caen, 19 genn. 1832 e 31 dic. 1852; Rouen, 10 luglio 1845; Parigi, 21 febbr. 1846 e 31 marzo 1853; Rig. civ., Concl. conf. di Nicias Gaillard, 28 marzo 1849; Rigetto, 8 aprile 1850 (Dev., 44, 2, 82; 46, 2, 305; 49, 1, 353; 50, 1, 356; 53, 2, 337 e 344); Bourges, 20 aprile 1855 (Dall., 56, 2, 41); Cass., 30 maggio 1854 (Dev., 54, 1, 386): 23 febb. 1853 (Dev., 53, 1, 373).

la cosa acquistata è un immobile e non entra quindi nella comunione. Ma se il fatto del debitore dovesse procurarmi o mercatanzie o denari, o altri valori mobiliari, il credito entrerebbe nella comunione (1).

III. — Se l'obbligazione di fare può riguardarsi ora come mobiliare ed ora come immobiliare, non è così d'una rendita, avvegnachè tutte le rendite fondiarie, o costituite perpetue o vitalizie si dichiarino tutte mobili dal Codice. Qualunque rendita adunque di uno dei coniugi entrerà nel fondo comune. Toullier (XII-110) s'intertiene lungamente a dimostrare il contrario per la rendita vitalizia, pretendendo che la *comunione* abbia dritto alle rendite, alle *annualità che* son prodotte dalla rendita *durante il* matrimonio, ma che la rendita *riman* propria del coniuge, il quale sciolta la comunione ne riprenderà il godimento.

Egli ne assegna per motivi: 1° che la rendita vitalizia non è una vera rendita, un dritto che produce vere annualità, bensì un dritto ad una serie di piccoli capitali, che si pagano in ogni anno, d'onde seguirebbe, secondo egli crede, che la comunione debba far suoi quei capitali che pervengono *al coniuge* mentre ella dura, ma non già *quelli che* pervengono dopo il suo scioglimento; 2° che la rendita vitalizia deve riguardarsi come un dritto intimamente ammesso alla persona del creditore, cotal che si può alienare efficacemente con la dichiarazione espressa della volontà di lui, e non mai col semplice fatto del creditore, di adottare la regola della comunione legale. Toullier svolgendo ampiamente coteste idee le rafforza qua e colà dell'autorità di antiche decisioni o di qualche passo di antico scrittore.

In tutto questo havvi errore e confusione. E primieramente non debbono nella quistione farsi entrare tutte le autorità dello antico dritto, e perchè l'indole della rendita vitalizia, già tempo molto dubbia e controversa, è oggidì nitidamente stabilita dal Codice, e perchè essendo le rendite, spesso immobili nello antico dritto, mentre oggi son mobili, dovevano allora essere escluse dalla comunione per la regola che oggi gliele fa entrare. Ora il primo motivo di Toullier è due volte falso; da una mano la rendita vitalizia è oggidì secondo il Codice Napoleone una vera rendita propriamente detta e che giuridicamente produce vere annualità. Le somme percepite in ogni anno dal creditore di una rendita anzichè essere, se non puri capitali, almeno un misto di rendite e di capitali, come molti scrittori di già insegnavano, sono giuridicamente pure rendite, semplici annualità. Di che è prova l'art. 588 (513) che dà tutte le somme all'usufruttuario, il quale non vi avrebbe dritto se elle si stimassero legalmente contenere una porzione di capitale; e il principio è adottato assolutamente, non eccettuatone nemmeno un caso speciale di cui parlava Pothier, e che secondo equità avrebbe dovuto esserlo. È dunque falso in prima che la rendita vitalizia sia il dritto di ricevere una serie di capitali; e quindi non regge il principio; ma fosse anche vero il principio, fosse anche la rendita vitalizia un credito che abbia per oggetto una serie di capitali che si pagano ad ogni anno o ad ogni sei mesi fino alla morte del creditore, il credito entrerebbe nella comunione per tutte le somme da ricevere, essendo una cosa puramente mobiliare! Forse i diversi crediti mobiliari di chi si marita colla comunione non entrano tutti in questa, non importando del tempo in cui debbansi riscuotere le somme dovute? Forse essendo il credito una volta appartenuto alla comunione, perchè cosa mobile, non è di nessuna importanza se si paghi durante la comunione, o dopo il suo scioglimento? — La seconda idea di Toullier non è più esatta della prima. Poichè egli stesso confessa che la rendita vitalizia può alienarsi come qualunque altra cosa, e che sia cosa mobile, essa è alienata, e trasmessa alla comunione dal coniuge che

(1) Conf., Merlin (*Rep.*, alla parola *Legato*) Buguet (*sopra Pothier*), Paolo Pont e Rodière.

adotta questa regola, la quale abbraccia, secondo la legge, tutti i beni mobili dei coniugi. Invano dice Toullier esser necessaria per tale alienazione una volontà espressa. Forse la volontà non si richiede sempre per alienare qualsiasi cosa? Forse una rendita non vitalizia o altra cosa potrebbe alienarsi senza la manifesta volontà del proprietario? La volontà espressa di chi aliena, o come dice lo stesso Toullier, una disposizione formale della legge è necessaria sempre; ma tal condizione esiste o nella dichiarazione del coniuge che adotta la comunione legale, o nella disposizione della legge che lo sottopone a quella regola per non essersi fatto contratto. Pertanto la strana dottrina di Toullier è tanto erronea che bene a ragione tutti gli scrittori, non eccettuatone Duvergier che ha continuato ed annotato le opere di lui, la hanno rigettata (1).

IV. — Abbiam detto doversi comprendere nella comunione tanto i mobili che acquistano i coniugi durante il matrimonio, anche per successione o donazione, come pure quelli che loro appartenevano al giorno della celebrazione. Diciamo *anche* per successione o donazione, poichè la legge ha indicato con ispecialità queste due cause di acquisto, come le più personali ai coniugi, e su cui non vi sarebbe punto a dubitare, intendendo comprendervi *a fortiori* tutte le altre. Le disposizioni delle consuetudini di Parigi e i processi verbali della compilazione del Codice non dan più luogo a dubbi: tutti concordano intorno a ciò.

Nel caso di donazione (su cui ritorneremo all'art. 1404 (T)), se i mobili donati al coniuge vanno nella comunione per regola generale, per eccezione e per la condizione imposta dal donante, possono rimanere in proprio. Però i mobili acquistati dal coniuge per successione son sempre ed assolutamente in comunione. Così se nella divisione di una successione di 200 mila fr. metà mobili e metà immobili, a mo' di esempio 100,000 fr. di rendita sullo Stato, ed una casa dell'ugual valore, spetta ad uno dei coeredi la casa, all'altro le rendite; queste cadranno tutte nella comunione, nè il coerede potrà pretendere di ritenere in proprietà una parte proporzionale al diritto che godeva sopra tutti i beni ereditari, cioè una metà, ossia 50 mila fr. Cotesta idea proposta da Lebrun, ma respinta già da Pothier (*Com.*, n. 100), non ha trovato un seguace sotto il Codice, poichè in fatti urta coll'art. 883 (803), secondo il quale la divisione vien reputata come dichiarativa di proprietà, e ciascun coerede come se non abbia giammai *ab initio* avuto diritto sulla quota che gli spetta.

Duranton (XIV-119) opina che siano eccettuati da questo principio i crediti, poichè l'art. 1220 (1173), senza aspettare lo effetto della divisione e la morte del *de cujus*, dispone doversi i crediti dividere fra gli eredi secondo la quota ereditaria. Ma così verrebbe ad elargarsi di troppo la disposizione dell'art. 1220 (1173). La divisione che questo articolo fa fra tutti gli eredi, per regolare immediatamente la loro condizione in faccia ai debitori, non osta per nulla all'applicazione dello artic. 883 (803), ed è semplicemente, in qualche modo, provvisoria. Gli eredi saranno senza dubbio liberi, ove lo vogliano, di dividersi i crediti, riservandosi di dividere poi il resto della successione; ma potranno bensì,

(1) Demante (*Thémis*, t. VIII, p. 169), Dalloz (alla parola *Contratto di matrimonio*); Duranton (XIV-125); Battur (I-156); Bellot (I, p. 169); Paolo Pont e Rodière (I-352); Duvergier (sopra Toullier). Troplong (I-407); Rennes, 16 luglio 1841; Agen, 6 marzo 1844 (Dev., 41, 2, 353; Dall., 45, 2, 56).

Non sarebbe così se la rendita vitalizia si fosse dichiarata inalienabile, e da non potersi cedere; l'eccezione si applica a tutte le somme o pensioni che non si possono cedere o per l'atto costitutivo o per qualche disposizione di legge.

Glandaz (art. *Comunione* nella *Enciclopedia*, numero 59) applica l'eccezione ad ogni pensione di alimenti, fosse pure non dichiarata tale da non potersi cedere. Si va troppo in là. — Vero che allora non si possono cedere, cioè non si può spogliare suo malgrado il creditore, ma questi può sempre da se spogliarsi se lo trova comodo; potendo alienare può dunque fare entrare in comunione. Rig., 21 giugno 1815; Rig., 31 mag. 1826; Demante (*loc. cit.*); Troplong (*Vendita*, n. 227); Rodiere e Paolo Pont (I-353).

la cosa acquistata è un immobile e non entra quindi nella comunione. Ma se il fatto del debitore dovesse procurarmi o mercatanzie o denari, o altri valori mobiliari, il credito entrerebbe nella comunione (1).

III. — Se l'obbligazione di fare può riguardarsi ora come mobiliare ed ora come immobiliare, non è così d'una rendita, avvegnachè tutte le rendite fondiarie, o costituite perpetue o vitalizie si dichiarino tutte mobili dal Codice. Qualunque rendita adunque di uno dei coniugi entrerà nel fondo comune. Toullier (XII-110) s'intertiene lungamente a dimostrare il contrario per la rendita vitalizia, pretendendo che la comunione abbia dritto alle rendite, alle annualità che son prodotte dalla rendita durante il matrimonio, ma che la rendita riman propria del coniuge, il quale sciolta la comunione ne riprenderà il godimento.

Egli ne assegna per motivi: 1° che la rendita vitalizia non è una vera rendita, un dritto che produce vere annualità, bensì un dritto ad una serie di piccoli capitali, che si pagano in ogni anno, d'onde seguirebbe, secondo egli crede, che la comunione debba far suoi quei capitali che pervengono al coniuge mentre ella dura, ma non già quelli che pervengono dopo il suo scioglimento; 2° che la rendita vitalizia deve riguardarsi come un dritto intimamente ammesso alla persona del creditore, cotal che si può alienare efficacemente con la dichiarazione espressa della volontà di lui, e non mai col semplice fatto del creditore, di adottare la regola della comunione legale. Toullier svolgendo ampiamente coteste idee le rafforza qua e colà dell'autorità di antiche decisioni o di qualche passo di antico scrittore.

In tutto questo havvi errore e confusione. E primieramente non debbono nella quistione farsi entrare tutte le autorità dello antico dritto, e perchè l'indole della rendita vitalizia, già tempo molto dubbia e controversa, è oggidì nitidamente stabilita dal Codice, e perchè essendo le rendite, spesso immobili nello antico dritto, mentre oggi son mobili, dovevano allora essere escluse dalla comunione per la regola che oggi gliele fa entrare. Ora il primo motivo di Toullier è due volte falso; da una mano la rendita vitalizia è oggidì secondo il Codice Napoleone una vera rendita propriamente detta e che giuridicamente produce vere annualità. Le somme percepite in ogni anno dal creditore di una rendita anzichè essere, se non puri capitali, almeno un misto di rendite e di capitali, come molti scrittori di già insegnavano, sono giuridicamente pure rendite, semplici annualità. Di che è prova l'art. 588 (513) che dà tutte le somme all'usufruttuario, il quale non vi avrebbe dritto se elle si stimassero legalmente contenere una porzione di capitale; e il principio è adottato assolutamente, non eccettuatone nemmeno un caso speciale di cui parlava Pothier, e che secondo equità avrebbe dovuto esserlo. È dunque falso in prima che la rendita vitalizia sia il dritto di ricevere una serie di capitali; e quindi non regge il principio; ma fosse anche vero il principio, fosse anche la rendita vitalizia un credito che abbia per oggetto una serie di capitali che si pagano ad ogni anno o ad ogni sei mesi fino alla morte del creditore, il credito entrerebbe nella comunione per tutte le somme da ricevere, essendo una cosa puramente mobiliare! Forse i diversi crediti mobiliari di chi si marita colla comunione non entrano tutti in questa, non importando del tempo in cui debbansi riscuotere le somme dovute? Forse essendo il credito una volta appartenuto alla comunione, perchè cosa mobile, non è di nessuna importanza se si paghi durante la comunione, o dopo il suo scioglimento? — La seconda idea di Toullier non è più esatta della prima. Poichè egli stesso confessa che la rendita vitalizia può alienarsi come qualunque altra cosa, e che sia cosa mobile, essa è alienata, e trasmessa alla comunione dal coniuge che

(1) Conf., Merlin (*Rep.*, alla parola *Legato*) Buguet (*sopra Pothier*), Paolo Pont e Rodière.

adotta questa regola, la quale abbraccia, secondo la legge, tutti i beni mobili dei coniugi. Invano dice Toullier esser necessaria per tale alienazione una volontà espressa. Forse la volontà non si richiede sempre per alienare qualsiasi cosa? Forse una rendita non vitalizia o altra cosa potrebbe alienarsi senza la manifesta volontà del proprietario? La volontà espressa di chi aliena, o come dice lo stesso Toullier, una disposizione formale della legge è necessaria sempre; ma tal condizione esiste o nella dichiarazione del coniuge che adotta la comunione legale, o nella disposizione della legge che lo sottopone a quella regola per non essersi fatto contratto. Pertanto la strana dottrina di Toullier è tanto erronea che bene a ragione tutti gli scrittori, non eccettuatone Duvergier che ha continuato ed annotato le opere di lui, la hanno rigettata (1).

IV. — Abbiam detto doversi comprendere nella comunione tanto i mobili che acquistano i coniugi durante il matrimonio, anche per successione o donazione, come pure quelli che loro appartenevano al giorno della celebrazione. Diciamo *anche* per successione o donazione, poichè la legge ha indicato con ispecialità queste due cause di acquisto; come le più personali ai coniugi, e su cui non vi sarebbe punto a dubitare, intendendo comprendervi *a fortiori* tutte le altre. Le disposizioni delle consuetudini di Parigi e i processi verbali della compilazione del Codice non dan più luogo a dubbi: tutti concordano intorno a ciò.

Nel caso di donazione (su cui ritorneremo all'art. 1404 (T)), se i mobili donati al coniuge vanno nella comunione per regola generale, per eccezione e per la condizione imposta dal donante, possono rimanere in proprio. Però i mobili acquistati dal coniuge per successione son sempre ed assolutamente in comunione. Così se nella divisione di una successione di 200 mila fr. metà mobili e metà immobili, a mo' di esempio 100,000 fr. di rendita sullo Stato, ed una casa dell'ugual valore, spetta ad uno dei coeredi la casa, all'altro le rendite; queste cadranno tutte nella comunione, nè il coerede potrà pretendere di ritenere in proprietà una parte proporzionale al diritto che godeva sopra tutti i beni ereditarî, cioè una metà, ossia 50 mila fr. Cotesta idea proposta da Lebrun, ma respinta già da Pothier (*Com.*, n. 100), non ha trovato un seguace sotto il Codice, poichè in fatti urta coll'art. 883 (803), secondo il quale la divisione vien reputata come dichiarativa di proprietà, e ciascun coerede come se non abbia giammai *ab initio* avuto diritto sulla quota che gli spetta.

Duranton (XIV-119) opina che siano eccettuati da questo principio i crediti, poichè l'art. 1220 (1173), senza aspettare lo effetto della divisione e la morte del *de cujus*, dispone doversi i crediti dividere fra gli eredi secondo la quota ereditaria. Ma così verrebbe ad elargarsi di troppo la disposizione dell'art. 1220 (1173). La divisione che questo articolo fa fra tutti gli eredi, per regolare immediatamente la loro condizione in faccia ai debitori, non osta per nulla all'applicazione dello artic. 883 (803), ed è semplicemente, in qualche modo, provvisoria. Gli eredi saranno senza dubbio liberi, ove lo vogliano, di dividersi i crediti, riservandosi di dividere poi il resto della successione; ma potranno bensì,

(1) Demante (*Thémis*, t. VIII, p. 169), Dalloz (alla parola *Contratto di matrimonio*); Duranton (XIV-125); Battur (I-156); Bellot (I, p. 169); Paolo Pont e Rodière (I-352); Duvergier (sopra Toullier). Troplong (I-407); Rennes, 16 luglio 1841; Agen, 6 marzo 1844 (Dev., 41, 2, 553; Dall., 45, 2, 56).

Non sarebbe così se la rendita vitalizia si fosse dichiarata inalienabile, e da non potersi cedere; l'eccezione si applica a tutte le somme o pensioni che non si possono cedere o per l'atto costitutivo o per qualche disposizione di legge.

Glandaz (art. *Comunione* nella *Enciclopedia*, numero 59) applica l'eccezione ad ogni pensione di alimenti, fosse pure non dichiarata tale da non potersi cedere. Si va troppo in là. — Vero che allora non si possono cedere, cioè non si può spogliare suo malgrado il creditore, ma questi può sempre da se spogliarsi se lo trova comodo; potendo alienare può dunque fare entrare in comunione. Rig., 21 giugno 1815; Rig., 31 mag. 1826; Demante (*loc. cit.*); Troplong (*Vendita*, n. 227); Rodiere e Paolo Pont (I-353).

se *lo* giudicano convenevole, riunire i crediti agli immobili, e fare unica divisione, potendo dare all'uno più immobili, all'altro più crediti, rimontando, come sempre, lo effetto della divisione al giorno della morte (1). Adunque i crediti che riceverà un coniuge caderanno ugualmente nella comunione.

Non fa mestieri il dire che in tutti questi casi si suppongono delle divisioni fatte di buona fede; poichè se si provi essersi adoperata la frode, sia per avvantaggiare la comunione con discapito del coniuge, sia per danneggiare questi, la divisione sarà nulla. La frode fa venir meno tutti i principî: *Fraus omnia corrumpit.*

V.—Nella comunione adunque vengono a fondersi tutti i beni mobili dei coniugi, tanto quelli che loro appartengono al momento della celebrazione, come anche gli altri, che in seguito essi acquistano, sia per successione o donazione, sia per cagione dei loro travagli od industrie (2), sia come compenso di uffici da loro esercitati, sia per effetto di scommesse o di giuochi, sia infine per qualunque altra siasi causa; e fra questi beni mobili si comprenderanno, come noi abbiam già detto nel lib. II, gli uffici che legalmente si possono trasmettere come anche le proprietà letterarie o scientifiche. Ma il tesoro che si rinviene nella proprietà di un coniuge sarà, come parimente abbiam detto, in comunione per la sola metà di chi lo ha trovato. Ribadiamo meglio questi varî punti.

Le produzioni letterarie, scientifiche o artistiche, essendo beni mobili, apparterranno alla comunione. Ciò non ostante Toullier (XII-116) e Battur (II, pag. 188) insegnano che la comunione godrà dei frutti della cosa, cioè del prodotto dell'edizioni fatte durante il matrimonio, come anche (ciò che è contraddittorio allo stesso sistema) del prezzo capitale della vendita, che si farebbe durante la comunione, restando proprio dell'autore il diritto, se mai non sia stato ceduto al tempo dello scioglimento. Questa dottrina è inammessibile. Nè vale il porre innanzi l'art. 39 del decreto del 5 febbraro 1810, che assicura la proprietà all'autore ed *alla sua vedova*, *se le convenzioni matrimoniali gliene danno il dritto*, intendendo che sia necessaria una clausola speciale perchè la vedova ne acquisti il dritto; mentre la frase intende semplicemente: « se il dritto deriva alla moglie dalla regola secondo la quale essa è maritata ». Per altro la stessa contraddizione di quel sistema ne addimostra evidentemente lo errore; poichè se l'immobile appartiene al coniuge, gli apparterrà parimente il prezzo della vendita fattane durante il matrimonio; la cosa è un mobile, dunque andrà nella comunione, non essendovi eccezione; ed a ragione la dottrina di Toullier e Battur è stata respinta da tutti gli scrittori (3). Questa regola, come ben a ragione è stato dimostrato da Troplong (I-435 e 436), non sarebbe da applicarsi ai manoscritti fatti dai coniugi per conservarsi come carte di famiglia, e senza aver nemmanco l'idea di renderli pubblici, e alle lettere confidenziali dei parenti o degli amici, che quelli han conservato. Queste cose son proprie, e personali ad un coniuge; non però i manoscritti destinati alla stampa o gli autografi raccolti per curiosità, i quali avendo un valore venale, entrano nella comunione.

Gli uffici che si posson trasmettere, quelli cioè pei quali il titolare ha dritto di dare un successore, stabilito prima con lui delle convenzioni pecuniarie, vanno coi beni incorporali puramente mobiliari, e fan parte della comunione. Nei tempi andati, per tema non si estendesse di troppo la classe

(2) Zachariae (IV, p. 486, nota 8 e III, p. 415); Odier (I-78); Rodière e Paolo Pont (I-357); Troplong (-370); ma egli non risponde all'obiezione, e non ebbe sott'occhio la difficoltà; Rig., 24 gennaro 1837; Rig. civ.. 20 dic. 1848 (Dev., 37, 1, 106; *Il Drillo*, 22 dic. 1848).

(1) Ma i vantaggi di una intrapresa incominciata durante la comunione, che han luogo dopo il suo scioglimento, le appartengono in quanto le operazioni fatte dopo lo scioglimento sono conseguenza necessaria dell'intrapresa prima incominciata. Ric., 19 nov. 1851 (Dev., 52, 1, 32).

(2) Duranton (XIV-131); Glandaz (n. 38); Zachariae (III, pag. 413); Paolo Pont e Rodière (I-363); Troplong (I-434).

dei beni mobili, essi veniano riputati come immobili (Pothier, *Delle persone e delle cose*; n. 267, *infine*); ma oggi che questi beni si costituiscono senza aver riguardo al valore delle cose, è manifesto che il dritto di presentazione ad un ufficio è mobiliare, avendo per oggetto una somma di denaro. La comunione adunque vi ha dritto, sia che il marito godesse di quell'ufficio quando si maritava, sia che l'acquistasse durante il matrimonio, anche a titolo gratuito (tranne il caso di una donazione fatta con condizione che resti nella proprietà del donatario). Inoltre se il titolare sopravvive allo scioglimento della comunione, gli eredi della moglie non potranno pretendere la vendita dell'ufficio, ma solo la metà del valore, secondo la stima; poichè la legge, in mancanza del titolare, dà dritto ad altri di presentare un successore. Ma qual si è il valore di cui dovrà tener conto il titolare sopravvivente? Di quello con cui si acquistò l'officio; o di quello cui questo ammontava allo scioglimento; o veramente di quello cui ascende al giorno della liquidazione? Non v'ha dubbio che sia di quello dello scioglimento; poichè da un lato durando la comunione, il valore cresceva o scemava per essa che n'era proprietaria; d'altro lato gli eredi han dritto alla metà della cosa mobile quale si trovava nel dì dello scioglimento. Questa dottrina, rigettata dall'antica giurisprudenza (benchè era professata da Dumoulin, e riconosciuta dallo stesso Pothier, che non osava però professarla), oggi, e bene a ragione, è comune a tutti gli scrittori, non che a tutte le decisioni (1).

Il dritto che ha la comunione sopra il tesoro rinvenuto nello immobile proprio di un coniuge è stato l'oggetto di controversie ed ha fatto sorgere tre sistemi. Nell'uno, che a parer nostro non può sostenersi, benchè professato da Toullier (XII, 129), Battur (I, 161) e Bellot (I, p. 151), si pretende che il tesoro debba essere tutto proprio del coniuge, se egli stesso l'ha trovato nei suoi fondi. Ma quest'idea non può ammettersi, poichè allora si darebbe al coniuge *jure inventionis*, come somme trovate, la metà di quel tesoro, all'istesso modo, che si darebbe a qualsiasi inventore, ne vi sarebbe motivo di negarla alla comunione a cui spettano tutti i beni mobili acquistati dai coniugi. Adunque potrà semplicemente discutersi per l'altra metà, per quella cioè che appartiene *jure soli* al proprietario del fondo; e mentre una seconda opinione la rilascia al coniuge proprietario, una terza la vuol dare, come la metà di chi la trova alla comunione.

Quest'ultima opinione, sostenuta da Merlin (*Repertorio, alla parola Com.*, § 2, n. 4) Bugnet (sopra Pothier, t. VII, p. 93). Odier (I, 86), Rodière e Paolo Pont (I, 367), e Troplong (I, 417), ha per fondamento, che alla fin fine la metà del tesoro che si vuol dare al proprietario non costituisce che somme determinate, come la metà data a chi la trova; che in tal modo essendo un bene mobiliare, va necessariamente nel fondo comune; e che non si può allegare l'art. 716 (636) volendo fittiziamente dichiararla come un prodotto del fondo, poichè questo articolo ha il solo scopo di regolare i dritti rispettivi dell'inventore e del proprietario. Si invocano per altro alquanti scrittori antichi, specialmente d'Argentrè, Duplessis, e i suoi annotatori Berroyer e Delauriere (*Trattato della comunione*, cap. II).

La seconda opinione ci sembra la sola conforme alla legge.

Invano vuolsi, che l'art. 716 (636) non possa applicarsi al nostro caso, poichè esso, determinando *la natura giuridica del tesoro*, s'applica necessariamente a tutte le quistioni che debbono risolversi *conosciuta la natura del tesoro*. Or la legge con una disposizione bizzarra, se

(1) Duranton (XIV-130); Toullier (XIII-175); Zachariae (III, p. 413); Glandaz (n. 43); Dard (*Tr. des off.*, p. 381); Paolo Pont e Rodière (I-364); Troplong (I-427); Douai, 15 nov. 1833; Agen, 2 dic. 1836; Parigi, 23 luglio 1840; Parigi, 6 aprile 1843; Bordeaux, 6 genn. 1846 (Dev., 34, 2, 189; 37. 2, 309; 40, 2, 401; 43, 2, 172; J. P., 1846; t. II, p. 251); Cass., 4 genn. 1853 (Dev., 53, 1, 468). — *Vedi* intanto Metz, 24 dic. 1835 (Dev., 36, 2, 255).

si vuole, ma che è pure regola da seguire, stabilisce, che mentre una metà del tesoro ritiene in dritto la natura mobiliare che ha in fatto, l'altra metà al contrario viene fittiziamente considerata come parte dello immobile che la contiene, ed appartiene al proprietario *jure accessionis*.

Sicchè essendo giuridicamente questa metà una porzione dello immobile, che se ne separa senza essere un frutto (come lo prova l'art. 598 (323)), non potrà appartenere alla comunione nè come bene mobile ordinario, secondo il 1° del nostro art. 1401 (T), nè come frutto della cosa propria, giusta il 2°, e resterà in proprietà del coniuge come i prodotti non frutti di cui or ora parleremo. Se fra gli scrittori *antichi* havvi chi opina il contrario, sonvi pure degli altri che la pensano come noi, specialmente Chopin (sopra Parigi, l. 1, titolo 1, n. 30) e di recente Pothier (*Comunione*, n. 98), che quasi sempre è stato preso a guida dai redattori del Codice. Nè ciò solo. Su che altro si fondavano essi mai quei tre antichi giureconsulti, accordando alla comunione il tesoro intiero, se non sull'esser questo un bene mobile, un *dono di Dio* puramente mobiliare? Essi combatterono, nel passo sopra indicato, la dottrina di Chopin, il quale pretendeva che lo si dovesse, come per finzione, reputare un'immobile; ma questa dottrina essendosi seguita dal Codice per la metà del tesoro, per questa non potrebbe esser dubbio, la conseguenza che è adottata dal più degli scrittori (1).

N. B.—La legge dei 18-25 giug. 1850 sulla cassa dei retratti, nel suo art. 4 ha derogato al principio dell'art. 1401-1° (T), come anche ad altri principî della nostra materia del contratto di matrimonio; noi la spiegheremo alla fine del titolo, in un appendice speciale.

VI.—2° Frutti dei beni proprî.—I frutti che servono ai pesi della cosa vanno naturalmente in vantaggio della comunione tenuta a sostenerli. Essa godrà dunque dei frutti percepiti durante il matrimonio. La legge non fa parola di quelli raccolti pria della celebrazione, e la ragione ne è ben semplice, poichè essi han formato una parte del mobiliare del coniuge, e sono andati nella comunione, non come frutti secondo il nostro 2°, ma come mobili ordinarî secondo il 1° dell'articolo; ed è manifestamente erronea la bizzarra idea di Odier, il quale dice che i frutti percepiti pria del matrimonio resteranno in proprio (1-92).

Abbiam visto al titolo *dell' Usufrutto*, dirsi *frutti* d'una cosa i prodotti periodici di essa, *quod ex re nasci et renasci solet*; dividersi essi in naturali e civili (2); e di fronte ai frutti o prodotti ordinarî e periodici esservene degli straordinarî prodotti da una cosa non a ciò destinata e che una volta presi, non rinascono.

Secondo il testo dell'art. 1401 (T), che è un' applicazione della prima regola dell'art. 585 (510), i frutti civili si acquistano alla comunione, quando giunge il tempo, in cui si debbono pagare (giorno per giorno, secondo l'art. 586 (511)); e i frutti naturali colla loro sola percezione. Così, per quest'ultimi, può avvenire, come vedemmo nel titolo *dell'Usufrutto*, che una comunione che conta alquanti mesi, faccia in un bosco un ricolto di nove anni, e che un'altra durata per otto anni e sei mesi non raccolga nulla. La terza ed ultima regola dell'art. 585 (510) che riserba i diritti di un colono sopra i frutti, si applica, come la prima di cui parlammo, al caso della comunione; ma la seconda che non accorda compenso, nè da una parte nè dall'altra, per le spese delle sementi, dei lavori, ecc, deve ella pure applicarsi? Delvincourt e Bugnet rispondono del sì, perchè questa regola, la quale mira a prevenire molte

(1) Delvincourt (t. III); Duranton (XIV-233); Demante (*Thémis*, t. VIII, p. 101); Dalloz (t. X, pagina 186): Glandaz (n. 47); Zachariae (III, p. 413); ed anche Toullier, Battur e Bellot des Minieres (*loc. cit.*), i quali vanno molto più in là (ed anzi troppo) dando la qualità fittizia d'immobile al tesoro, anche per l'altra metà se lo ritrova il coniuge proprietario.

(2) Si sa pure che i frutti naturali suddividonsi in *naturali* propriamente detti, ed in *industriali*, ma ciò è di nessun momento.

difficoltà tra il proprietario e l'usufruttuario (non iniqua, perchè reciproca) offre la stessa utilità fra i coniugi.

Tre motivi ci spingono a non pensarla così.

E in prima, la reciprocanza in caso di usufrutto ordinario, messa innanzi dalla regola, qui non è che apparente, e in fondo, se si applicasse, la comunione ne risentirebbe un danno. Poichè essa da un lato perderebbe, non potendo allo scioglimento domandar compenso per le spese di coltura fatte sullo immobile, di cui poi il coniuge solo prende il ricolto; d'altro lato nulla guadagnerebbe, non pagando il compenso per le spese dei frutti trovati al suo stabilirsi, poichè esso sarebbe una determinata somma propria del coniuge. Infatti, sotto altro aspetto, quella somma non può esser dovuta dalla comunione, poichè se le spese si fossero fatte dal coniuge, le somme versate apparterrebbero pure a quella, come cosa mobile, secondo il 1° dell'articolo 1401 (T). In questo modo la comunione da una parte non trarrebbe alcun vantaggio, e dall'altra perderebbe; nè potrebbe qui come nell'usufrutto, farsi il compenso. Per questo primo motivo si dovranno seguire i principî generali, rindennizzando colui in danno di cui si è arricchito, e la comunione in conseguenza potrà ripetere un compenso alle spese fatte pei frutti che esistono allo scioglimento, senza che ne debba alcuno per le spese dei frutti che esistevano al principio del matrimonio.—Un secondo motivo ci viene apprestato dallo articolo 1437 (T), il quale assolutamente vuole che il coniuge debba rindennizzare la comunione, ogni volta che da essa tragga un profitto per se.

Da ultimo siffatta spiegazione non incontrò mai difficoltà nel dritto consuetudinario, e fu sempre proclamata, sia dal testo istesso delle consuetudini (specialmente Parigi ed Orléans), sia dalla dottrina degli scrittori. Ben a ragione adunque essa è stata generalmente ammessa (1).

Riguardo ai frutti naturali intercede altra differenza fra l'usufruttuario ordinario e la comunione, per quei frutti che si sarebbero potuti, ma non si sono raccolti pria di estinguersi il dritto di godimento. Secondo l'art. 590 (515) l'usufruttuario li perde, nè potrà domandar compenso alcuno pel ricolto non fatto; la comunione però, giusta il paragrafo secondo dell'articolo 1403 (T) (non l'altro coniuge, come dice inesattamente l'articolo; vedremo più in là come sia diverso), lo potrà domandare dal coniuge che prende col suo immobile il ricolto, che nell'ordine regolare delle cose apparteneva alla comunione. L'art. 1403 (T) parla solo dei tagli di bosco; *de eo quod plerumque fit*, perchè ben raro sarebbe il caso per gli altri frutti (2): la regola deve applicarsi a tutti i ricolti, essendo uno il motivo per tutti, il timore cioè di guadagni fraudolenti che un coniuge potrebbe facilmente fare in quel modo.

I frutti civili, come abbiam detto, si acquistano giorno per giorno; la comunione, sebbene si sciolga molto prima che giunga il termine in cui si debbono pagare gli affitti di una casa, avrà dritto ad una parte di essi, prenderà cioè la frazione di ogni giorno per quanti sono quelli che corrono dal precedente termine. Gli affitti dei poderi sono oggi, come quelli delle case, frutti civili, come vedemmo sotto gli articoli 584 e 586 (509 e 511), ai quali rimandiamo altresì per il caso in cui l'immobile rurale fosse ora dato in affitto, ed

(1) Bourjon (*Dritto comm.*, tit. 10, parte 6, capitolo 8), Renusson (*Comm.*, parte 2, cap. 4, numero 14); Lebrun (*ibid.*, lib. 1, cap. 5, sez. 2); Ferrières (sopra l'articolo 231 di Parigi); Pothier (*Comun.*, n. 212);—Toullier (XII-124 e 125); Proudhon (*Usuf.*, 2685), Duranton (XIV, 151); Battur (I. 194); Glandaz (num. 68); Zachariae (III, p. 414); Odier (I. 95); Paolo Pont e Rodière (I, 384); Troplong (I-465 e 467); Rennes, 26 febbr. 1828; Bordeaux, 22 magg. 1841 (J. P., 1841, t. II, p. 247). — È pur così ove lo scioglimento della comunione sia avvenuto per la premorienza del coniuge a cui appartenevano i beni seminati, ed ove l'usufrutto di essi sia devoluto al coniuge sopravvivente.— Douai, 20 dic. 1848 (Dev., 49, 2, 544). — *Sic* Paolo Pont (*Revue critique*, t. I, p. 193 e seg.).

(2) Un taglio di bosco può differirsi di uno o più anni, non così i ricolti dei cereali, delle vigne, delle praterie.

ora tenuto a cultura dai coniugi, e darebbe successivamente ora frutti civili, ora frutti naturali.

I prodotti che non son frutti restano propri del coniuge proprietario; la comunione, se mai li prende, dee compensarli. — Il legislatore qui dichiara, come fe' nell'art. 508 (431), che le sostanze estratte dalle miniere, cave di pietra o di combustibili, sono o no riputati frutti, secondochè le miniere e le cave erano aperte o pur no, allorchè il dritto di godimento ebbe principio (1). E poichè la comunione esercita sui beni proprî dei coniugi un dritto di godimento, il quale, con tutte le differenze da noi notate, è sempre un *usufrutto*, dobbiamo applicare ad essa non *solo la* regola dell'art. 598 (523) per le cave di pietre, ma pur quelle degli articoli 591, 592 (516, 517) per gli alberi di alto fusto, dell'art. 593 (518) per i pali, le ghiande e le fagiuole, ecc., dell'articolo 594 (519) per gli alberi fruttiferi, dell'art. 596 (521) per l'alluvione, dell'articolo 597 (522) per le servitù; e similmente la regola dell'art. 587 (512) per le cose che si consumano, fra le quali sono *in primo luogo* i denari, per cui questi, che son proprî dei coniugi, entreranno in comunione, anche per la proprietà, collo obbligo di restituirsi allo scioglimento. Il Codice suppone applicata cotesta regola negli articoli 1403 (T) infine, e 1433 (T) ove parla di valori mobiliari proprî dei coniugi da prendersi dalla comunione, salvo il compenso.

VII. — 3° ACQUISTI. — L'attivo della comunione è costituito, in terzo ed ultimo luogo, di tutti i beni mobili ed immobili acquistati durante il matrimonio per qualunque causa, che non sia esclusivamente personale ad uno dei coniugi. I beni che provengono ad un coniuge da una causa personale, se immobili, gli restano proprî; se mobili, appartengono pure in regola generale alla comunione, non secondo il nostro 3° e come acquisti, ma secondo il 1° che generalmente le attribuisce tutti i beni mobili dei coniugi (2) (salvo la eccezione dei prodotti non frutti, dei mobili donati con riserva, e per gli altri casi più in là indicati).

Siccome la comunione è in possesso di tutti i beni, e i coniugi potevano ben facilmente provare che la tale o tal cosa loro fosse propria, così era naturale dichiarare che la presunzione sarebbe in favore della comunione, e ogni cosa si reputerebbe comune, sino a che il contrario non si provi dall'uno dei coniugi. — È questa la regola dell'articolo 1402 (T), la quale benchè fatta per gl'immobili, si applica del pari pei mobili, e con più ragione, perchè i mobili sono più raramente proprî. Così da una parte, i mobili tutti si stimano appartenere alla comunione, sino alla prova fatta dal coniuge, o di un dritto di proprietà personale sopra uno di essi, o di un dritto a compenso per un altro che si è potuto prendere dalla comunione, salvo l'obbligo di restituire. D'altra parte, la presunzione per gl'immobili esiste ancora, ma con minore energia, e l'immobile si reputerà comune (3) finchè non si proverà il contrario da uno dei coniugi.

Così, anche per un immobile, deve pro-

(1) Secondo il testo dell'art. 1403 (T) i prodotti delle miniere e delle cave sono o no frutti, secondochè elle sono state aperte *innanzi o durante il matrimonio*. Ma siffatta regola così espressa per gli immobili che appartenevano al coniuge al giorno della celebrazione, vuolsi allargare, se debba pure comprendere gli immobili che pervengono al coniuge durante il matrimonio. Così un matrimonio è avvenuto nel 1830; nel 1835 il padre di uno dei coniugi ha cavato una miniera nel suo immobile, il quale nel 1840 viene in successione al coniuge: i prodotti saranno frutti per la comunione, sebbene la miniera si fosse aperta durante il matrimonio. Bisogna pertanto dire che i prodotti saranno o pur no frutti, secondo che la miniera sia stata aperta innanzi o dopo il tempo *in cui la comunione ha cominciato a godere* dell'immobile. — *Vedi* Toullier (t. XII, n. 128); Duranton (t. XIV, n. 147(; Paolo Pont e Rodière (t. I, n. 397 e seg.); Odier (t. I, n. 98; Troplong (t. I, n. 560 e seg.).

(2) Vedi *sopra*, la prima nota al n. I.

(3) E per ciò stesso riputato *acquisto*, secondo l'art. 1402 (T), poichè gl'immobili, diversamente dei mobili, spettano alla comunione, se acquistati dopo celebrato il matrimonio, rimanendo in proprio ogni altro immobile posseduto dal coniuge prima del matrimonio.

vare di esser proprio il coniuge che nega di esser comune, e per questo è necessario provare, o che ne avea la proprietà o il possesso prima del matrimonio, o che lo ha acquistato dopo per successione, per donazione, o per far vece di un altro immobile suo proprio, o per una delle altre cause che danno degli immobili proprî e che saranno indicate dagli art. 1404, 1408 (TT).

Per esempio, l'immobile comprato dal coniuge prima del matrimonio sotto una condizione avvenuta durante la comunione; quello donato o venduto prima della celebrazione e poi ritornato a lui durante il matrimonio per una revoca legale della liberalità, ovvero per una rescissione della vendita; quello comprato da un minore o da una donna maritata non autorizzata, e per cui siasi ottenuta durante il matrimonio la necessaria ratifica; tutti questi rimarranno proprî, perchè in questi e in altri simiglianti casi la proprietà del coniuge rimonta al tempo anteriore del matrimonio per la retroattività della condizione, della risoluzione o della ratifica (1). E siccome l'immobile sarà proprio e non acquistato quando il coniuge giustificherà avervi un dritto di proprietà sin da prima del matrimonio, fosse pure essa non accompagnata dal possesso (come avviene quando la compra fatta prima del matrimonio sotto una condizione sospensiva non verificata, e per cui il possesso del coniuge vien dopo la celebrazione); così il semplice possesso anteriore al matrimonio (purchè il possesso sia legale e a titolo di proprietario, buono per la prescrizione) basterà per sè solo e senza che vi sia unita la proprietà, onde escludersi dalla comunione l'immobile. — Così non importa che il possesso legale sia durato poco tempo pria del matrimonio, poichè la prescrizione avrebbe sempre un effetto retroattivo all'origine del possesso. E nemmeno importa, come è stato deciso a buon dritto dalla Corte suprema, la quale annullava una contraria decisione della Corte di appello (2), che la prescrizione non si fosse compiuta al disciogliersi della comunione, e che la proprietà pretesa del coniuge sia stata controversa fra lui e i terzi, poichè quand'anche questi ultimi facessero dichiarare come non esistente il preteso dritto di quello, ciò non sarebbe sempre in vantaggio della comunione, rispetto alla quale il coniuge deve sempre trionfare, salvo a perdere, se occorra rispetto ai terzi.

Ma se il possesso anteriore alla celebrazione è stato riconosciuto durante il matrimonio di nessun momento dal coniuge, e dato luogo non ad una semplice ratifica dell'atto primitivo, ma ad un nuovo atto traslativo di proprietà, gli è manifesto, che da quest'ultimo atto sorgendo la proprietà, l'immobile sarebbe uno acquisto, e quindi erronea è la dottrina contraria di Toullier (XII, n. 173 a 177). È inesatto il dire, com'egli ha fatto, che la disposizione del nostro articolo 1402 (T) è una innovazione; che il dritto consuetudinario ammetteva solo come esclusivo della qualità di acquisto la *proprietà* anteriore al matrimonio, e che il Codice, il quale ammette inoltre il possesso, vuol parlare di qualsivoglia possesso. L'antico dritto, del pari che il Codice, (ne abbiamo la prova ad ogni passo in Pothier, e specialmente nel num. 157), ammetteva tanto il possesso che la proprietà, e sì l'uno che l'altro vogliono un possesso *legale*, cioè giuridicamente efficace e in cui si trovi la causa del dritto del coniuge. Con ragione adunque la dottrina di Toullier è stata rigettata e dalle decisioni e dagli scrittori (3).

(1) Già tempo, l'immobile la cui alienazione diventava valida durante la comunione, o per il consenso della venditrice divenuta vedova o debitamente autorizzata, era un acquisto. Imperocchè la alienazione della moglie non autorizzata, essendo allora radicalmente nulla, e non solo, come oggi, annullabile, il titolo dell'acquisto trovavasi nel consenso prestato più tardi regolarmente durante la comunione. Oggidì l'atto può solo annullarsi, e quindi può ratificarsi, e perciò approvato dopo, è valido sin dal suo principio.

(2) Cass., 4 maggio 1825 ed anche rig., 23 novembre 1826.

(3) Delvincourt (tom. III); Duranton (tom. XIV, 180); Zachariae (III, p. 421); Rodière e Paolo Pont (I, p. 425); Duvergier (sopra Toullier, n. 174); Troplong (I. 526); Decisione di cass. già citata del 4 maggio 1825).

Le circostanze, una delle quali dovrà provarsi dal coniuge per dimostrare che la cosa gli è propria, non già perchè appartenutagli o posseduta da lui prima del matrimonio, ma come ovvenutagli durante il matrimonio per una causa per cui non può entrare in comunione, si comprenderanno con lo studio che faremo nei seguenti articoli dei varî casi nei quali la cosa resta esclusa dalla comunione. Ci basti ripetere ciò che dicemmo incidentemente, che la successione e la donazione non sono le sole cause da cui provengano beni proprî, e il nostro art. 1402 (T) ha indicato soltanto le principali.

Infatti oltre di quelle due cause prevedute dagli artic. 1404 e 1405 (TT), una terza ne indica l'articolo 1406 (T), una quarta l'art. 1407 (T), una quinta gli articoli 1434 e 1435 (TT) che saranno da noi qui appresso svolti, e poi una sesta ed ultima l'art. 1408 (T).

Del resto ben si comprende che la prova dei fatti può farsi dal coniuge con tutti i mezzi, e tanto con la prova testimoniale, quanto coi titoli (1).

DEI BENI PROPRI DEI CONIUGI.

§ 1. — *Dei beni propri immobiliari.*

1404 (T). — Non cadono in comunione gli immobili posseduti dai coniugi avanti la celebrazione del matrimonio, o che loro pervengono durante il matrimonio a titolo di successione.

Nonostante, se dopo d'avere stipulato il contratto del matrimonio, col patto della comunione, e prima della sua celebrazione, uno degli sposi avrà in quest'intervallo *acquistato* un immobile, esso cadrà nella comunione, purchè l'acquisto non sia stato fatto in esecuzione di qualche clausola matrimoniale; nel qual caso esso sarà regolato a termini della convenzione.

1405 (T). — Le donazioni d' immobili che durante il matrimonio sono state fatte ad uno soltanto de' coniugi, non cadono nella comunione, ed appartengono al solo donatario purchè la donazione non contenga espressamente che la cosa donata deve spettare alla comunione.

1406 (T). — L'immobile rilasciato o ceduto dal padre, madre od altro ascendente ad uno dei conjugi per soddisfarlo di quanto gli deve, o col peso di pagare ad estranei i debiti del donante, non cade nella comunione, salvo il diritto di compensazione od indennità.

SOMMARIO

I. Osservazioni e rimando pei beni propri mobiliari. La prima specie degli immobili si compone di quelli che i coniugi posseggono nel giorno del matrimonio; tranne sempre che l'immobile si fosse comprato da uno dei coniugi dopo il contratto. La reciprocanza non ha luogo: controversia.

II. Son propri gl' immobili ovvenuti per successione durante il matrimonio. Lo sono per lo intero quand'anche si dovesse pagare il dippiù, salvo il compenso. Gli articoli 747 e 351 (670 e 285) espongono dei casi di successione governati da tal regola. Errore di Delvincourt.

III. Sono anco propri gl'immobili provenuti durante il matrimonio per donazione tra vivi o per testamento, tranne il disponente non avesse altramenti dichiarato; ma bisogna che la donazione sia fatta personalmente ad uno dei coniugi; fatta congiuntamente ad entrambi, l'immobile sarebbe comune: controversia.

IV. In quarto luogo sono propri gl'immobili che un coniuge riceve dall'uno dei suoi ascen-

(1) Rig., 29 dic. 1836 (Dev., 37, 1, 437). Giudicato anche che la prova può cavarsi dalle presunzioni di fatto, che porgono le circostanze della causa; Riom, 10 nov. 1851 (Dev., 51, 2, 771).

denti, o come pagamento di quello che questi gli debba (per dote o altra causa) o col peso di pagare i debiti di esso ascendente.

I.—Cotesti tre articoli, siccome i quattro che dobbiamo studiare per finire la nostra materia, parlano solo di beni proprî immobiliari; ma ve ne hanno anche di quelli mobiliari secondo abbiamo veduto; spiegate che avremo le cause da cui provengono i primi, indicheremo quelle che rendono proprî i secondi.

Gl'immobili proprî dei coniugi sono quelli che ad essi appartengono al tempo in cui si celebra il matrimonio. Alla qual regola una eccezione fu imposta dalla giustizia e dalla lealtà delle convenzioni. Quando un futuro coniuge che si sottopone con una formale disposizione del suo contratto di matrimonio alla regola della comunione, compra un immobile nel tempo che passa dal contratto al matrimonio, sarà comune l'immobile che gli appartiene nel giorno della celebrazione, e che secondo i principî dovrebbe rimanergli proprio perchè esso è stato acquistato con valori che secondo erasi convenuto dovevano entrare nella comunione, e sui quali ha dovuto fare assegnamento il futuro coniuge nel fare il contratto (1). Il più degli scrittori antichi e con loro la giurisprudenza ammettevano la eccezione, ma non era scritta nella legge; se ne è fatta una disposizione legale con l'articolo 1404 (T). Per altro essendo una eccezione deve restringersi al caso previsto. Così in prima se non vi fosse stato contratto, non saremmo più nè dentro ai termini, nè dentro allo spirito dell'articolo: ciascuno dei futuri coniugi ha dovuto contare sui valori mobiliari che appartenevano all'altro nel giorno della celebrazione; e se uno abbia acquistato un immobile il giorno innanzi, non se ne potrebbe dall'altro pretendere la comunione. Così del pari l'immobile che il coniuge acquistasse nel tempo che corre dal contratto alla celebrazione, ma per una delle cause che darebbero dei beni proprî durante il matrimonio (successione, donazione, permuta di un altro immobile) resterebbe certamente proprio; come si è visto dal raffronto del 2° col 3° dell'articolo 1401 (T), per *acquistati* intendonsi gl'immobili pervenuti da cause che danno *beni acquistati*.—Del resto è semplicissimo che resti proprio l'immobile acquistato a danaro, quando si è esercitata una facoltà riserbatasi nel contratto dal futuro coniuge.

Dalla eccezione dettata per render comune l'immobile proprio di un coniuge al tempo della celebrazione, acquistato dopo il contratto, ne segue forse doversi fare reciprocamente eccezione perchè si renda proprio il prezzo di un immobile venduto dal coniuge nell'intervallo fra il contratto e la celebrazione? Parecchi scrittori (2) rispondono del sì, per questa fra le altre ragioni che tale era la dottrina di Pothier (Com., nn. 281 e 603). Ma non ci sembra da ammettersi cotesta sentenza. Il Codice trovando l'una e l'altra idea professate da Pothier, tacque intorno alla seconda, ed elevò a regola la prima, quindi non le riconobbe tutte e due esatte. Difatti nel primo caso il coniuge del compratore sentirebbe senza tale eccezione un danno da cui si dee garantire, mentre nell'altro gli è il coniuge venditore che ha voluto risentire un danno, mutando in denaro il suo immobile, cotalchè non può alcuno dolersi. Nè si può ammettere con questo carattere di generale presunzione il motivo dato da Pothier, che la vendita in questo caso debba riguardarsi come un mezzo di donazione dettato da non oneste ragioni, poichè non si osa confessarle; la frode non si presume. Se è provato in fatto che il coniuge è stato sedotto dal suo fu-

(1) Giudicato che l'eccezione si applica pure al caso in cui i coniugi han dichiarato di seguire la comunione ristretta agli acquisti, stipulando solo la condizione che certe determinate somme entrerebbero in comunione, restando in proprio il dippiù dei loro beni e diritti. Parigi, 6 dic.e 1855 (Dev., 56, 2, 28).

(2) Duranton (XIV-184); Battur (I, p. 171); Zachariae (III, p. 412); Troplong (I, 364).

turo o dalla famiglia di costui, si dovrà mantener come proprio il prezzo; la frode fa cessare tutti i principî. Ma in regola generale, la eccezione per una ipotesi non può estendersi ad altra molto diversa, e non preveduta (1).

II. — Lo articolo 1404 (T) riguarda gli immobili posseduti dai coniugi al tempo del matrimonio, come quelli che loro provengono poi per successione. Non monta che la successione essendo in parte mobile ed in parte immobile, il coniuge, chiamato a prenderne una porzione, non raccolga altro che immobili; i quali saranno *propri* per l'intero, e senza che la *comunione* ne pretenda indennità alcuna, come la parte ereditaria di soli mobili raccolta dal coniuge in questo stesso caso è comune per l'intero (art. 1401 (T), n. IV). L'immobile resta ugualmente proprio per l'intero, fosse anche eccedente in valore la parte ereditaria del coniuge, per cui dovrebbe pagare al suo coerede una stabilita somma a titolo di eccesso o restituzione di porzione; ma in tal caso il coniuge deve ricompensare la comunione della somma *determinata* che ha pagato del denaro di questa (*Vedi* art. 1407 (T)) (2).

È un caso di successione quello di cui parla l'art. 747 (670). Così quando due coniugi in comunione han fatto donazione al loro figlio di un immobile acquistato *nella* loro comunione, e morto poi il figlio senza eredi, raccolgono essi ognuno in metà l'immobile che trovasi in ispecie, la metà acquistata lor sarà propria perchè acquisto di successione. Delvincourt insegna al contrario, che con ciò risolvesi semplicemente la donazione, per cui le cose sono nello stesso stato che prima di essa. È questo un errore, poichè il donante riprende la cosa con le ipoteche, servitù ed altri carichi imposti dal donatario, ed anche coll'obbligo di pagare in proporzione i debiti ereditari. È dunque un nuovo acquisto, un acquisto per successione, e non una semplice revoca di donazione (3).

Quel che diciamo del caso dell'art. 747 (670) si applica anche a quello dell'articolo 351 (275) uguale perfettamente al primo.

III. — L'art. 1405 (T) indica la sorgente terza degl'immobili proprî; che è una donazione, la cui regola è qui appunto il contrario dell'altra per le donazioni dei mobili. I mobili dati entrano in comunione se il donante non ha badato renderli proprî con espressa dichiarazione; gl'immobili dati a un coniuge gli restano proprî in principio, ma il donante può renderli comuni. Ciò riguarda tanto le donazioni per testamento che quelle tra vivi; non si è fatto, nè si dovea fare distinzione di sorta.

Il donante che può con espressa dichiarazione render comune l'immobile il quale resterebbe proprio secondo la regola legale, può egli in senso contrario togliere alla comunione anche le rendite dello immobile dato da lui? È certo che sì, quantunque molti scrittori a ciò si oppongano.

La convenzione con cui la moglie riserbasi l'amministrazione e il godimento dei suoi beni, o di alcuno di essi essendo permessa, non è illecito che essa riceva un immobile onde amministrarlo e goderselo. Quel che ne seguirà si è che la moglie maritata pel rimanente in comunione si troverà quanto a questo immobile separata di beni. La comunione che non guadagna nulla allora nella donazione (almeno direttamente,) non vi perde cosa alcuna (vi guadagna anche indirettamente perchè una rendita propria della moglie scemerà le spese che la comunione farebbe per essa) non potrà adunque dolersene (4).

(1) *Conf.* Toullier (XII, 171); Bugnet (sopra Pothier, t. VII, p. 316); Odier (I-77); Rodière e Paolo Pont (I-329).

(2) Vedi Req., 11 dic. 1850 (Dev., 51, 1, 253). Vedi anche Nancy, 3 marzo 1837 e Douai, 7 maggio 1849 (Dev., 39, 2, 202; 50, 2, 180).

(3) Duranton (XIV-187); Glandaz (n. 100); Paolo Pont e Rodière (I-461). — Troplong (I-157-590).

(4) Questa decisione rigettata da Delvincourt (t. III, note) e Bellot (I, p. 300) è ammessa dal più degli scrittori e dalle decisioni. Toullier (XII, 142); Proudhon (*Usufr.*, num. 283); Duranton (XIV-150); Glandaz (n. 23); Dalloz (X, p. 195); Zachariae (III, p. 447); Bugnet (sopra Pothier, VII, p. 256); Odier (I-100); Paolo Pont e Rodière (I, 474); Nimes, 18 giugno 1810; Tolosa (20 ag. 1840; Rig., 9 mag-

La legge, stabilito il principio secondo il quale gl'immobili donati restano propri al donatario, non parla di qualunque donazione, ma solo di quelle *fatte all'uno dei due coniugi*. Cosa decidere per quelle fatte unitamente ai due coniugi? Diciamo *unitamente;* perchè se la liberalità fosse fatta all'uno e all'altro insieme, ma disgiuntamente, con indicare la porzione data ad ognuno dell'immobile ; se p. e. la cosa è data a tutti e due , ciascuno per metà , o all'uno per due terzi, e all'altro per uno, in tal caso è esatto il dire vi siano due donazioni riunite in un atto medesimo; e siccome ciascuna delle due è fatta all'uno dei coniugi , si è nel caso indicato dalla legge, e la porzione d'immobili donata resta propria ad ognuno di essi. È questo un punto fermo su cui tutti gli scrittori sono e saranno sempre in armonia. Ma cosa dire se la donazione è fatta unitamente ai due coniugi senza alcuno assegno di porzione? La quistione è assai controversa: Toullier (XII-135); Delaporte (*Pan.*, tom. V); Zachariae (III, p. 417); e Odier (I-125) insegnano che allora l' immobile cada in comunione ; un maggior numero di scrittori pensano che anche in questo caso la cosa resti propria ai coniugi , ad ognuno secondo il suo dritto, cioè per metà (1). Non ostante il numero di questi ultimi rigettiamo la loro sentenza, e secondo noi riavvicinata all'antico dritto la disposizione dell'art. 1405 (T) vedesi l'inesattezza della loro dottrina.

La disposizione dell'art. 1405 (T) è del nuovo dritto. In altri tempi gl' immobili donati ai coniugi durante il matrimonio cadevano per regola generale nella comunione ; tranne che per le donazioni fatte tra parenti in linea retta , ma bisognava che la liberalità si facesse personalmente al coniuge, o fosse ei solo donatario, ovvero essendolo entrambi i coniugi, ciascuno fosse chiamato per una distinta porzione (2): allorchè la donazione era fatta unitamente ad entrambi, la cosa era comune. Or se il Codice ha inteso sopprimere la necessità di una parentela diretta, ed anche di ogni parentela tra il donante e il donatario dichiarando propri gl'immobili donati senza distinguere da chi lo siano, bensì vede ch'egli richiede la donazione facciasi ad un solo coniuge, poichè stabilisce unicamente la sua regola per le donazioni che *non son fatte* che *all'uno dei coniugi*. Si comprenderebbe di leggieri il dubbio se la legge avesse parlato più vagamente di donazioni *fatte ad un coniuge*, perchè ben non si vedrebbe se si metteva un senso rigoroso all'aggettivo *un* ; ma quando la legge parla di un modo sì preciso di donazioni, che NON *son fatte* CHE *all'uno dei due coniugi*, ci sembra impossibile sconoscere la volontà del legislatore, restringere un nuovo beneficio ch'ei crea a questa sola specie di donazioni, e lasciare le altre sotto la regola generale dell'antico dritto.

IV. — Havvi una quarta causa di beni propri, la quale benchè sia una estensione della seconda, pure ne è tanta diversa da essere indicata nell'art. 1406 (T). Secondo tale articolo l'immobile che un coniuge riceve da uno ascendente o come pagamento da questo dovutogli, o per soddisfare debiti di costui, rimane di proprietà del coniuge, salvo a compensare la comunione, o per il denaro tolto da questa per pagare i debiti, o per il credito mobiliare che aveano contro il suo ascendente e che spettava alla comunione. Il Codice, come anche lo antico dritto, riguarda tali atti come degli accordi di famiglia , destinati a produrre in vita dello ascendente l'effetto che se ne avrebbe alla sua morte, e riguarda l'immobile venuto da tal sorgente come se avuto per successione.

Nello antico dritto , pensava Lebrun, che la regola riprodotta dal nostro artic. non era da applicarsi all'immobile rilasciato in pagamento di una somma dovuta al di-

gio 1842; Parigi, 5 marzo 1846 (Dev., 41, 114; 42, 1, 516; 42, 2, 149).

(1) Delvincourt (III, note); Battur (I-282); Dalloz (X, p. 194); Duranton (XIV-189); Glandaz (n. 103); Bugnet (sopra Pothier, *Comun.*, n. 170).—Rodière e Paolo Pont (I-478).

(2) Vedi Pothier (*Comun.*, n. 173).

scendente per titolo di dote; ma Pothier ed il più degli scrittori dicevano a ragione non esservi motivo perchè si distinguesse questo caso dagli altri; nè di ciò è più a dubitarsi, non essendosi fatta dal Codice distinzione alcuna. Così pure giudica una ultima decisione della Corte di cassazione (1).

Non distinguendo la legge il grado o la posizione dell'ascendente che cede l'immobile, non importa che sia questi l'avolo e il bisavolo, e che il padre nel primo caso, o il padre e l'avolo nel secondo, siano tuttavia viventi; tosto che la cessione è fatta da uno ascendente e nell'uno dei cennati *casi*, il voto della legge si adempì e *viene* ad applicarsi la regola. Ma la *regola* non si applicherebbe più se la cessione fosse fatta da un discendente o da un parente collaterale, quand'anche il cessionario fosse l'erede presuntivo del cedente: la disposizione dell'art. 1405 (T) è una eccezione e non può estendersi al di là dell'ipotesi per cui è scritta. Per la stessa ragione la regola non sarebbe nemmeno d'applicarsi, se la cessione fosse *fatta* dall'ascendente non per soddisfare un *debito* al discendente o ad altri che il cessionario si obbliga di pagare, ma per aversi una determinata somma che il cessionario si obbligherebbe pagargli. Allora sarebbe questa una vendita e non una cessione di famiglia, e l'immobile sarebbe un acquisto. Era questo un punto fermo nell'antica giurisprudenza ed a ragione la Corte di Caen l'ha pur così giudicato sotto il Codice, difformemente da una decisione precedente di Colmar (2).

N. B.—Abbiamo detto che spiegheremo qui gli articoli 1434 1435 (TT) posti a torto dai compilatori del Codice nella sezione dell'*Amministratore* della *comunione*, poichè presentano essi come i nostri, una delle sorgenti dei beni proprî, il reimpiego. Questo e la permuta sono due suddivisioni della stessa causa dei beni proprî, la sostituzione di un bene acquistato invece di uno proprio alienato.

Porremo dunque gli art. 1434 e 1435 (TT) immediatamente dopo l'artic. 1407 (T) il quale tratta della permuta. È strano che i compilatori non abbiano eseguito questo disegno, richiesto dalla natura delle cose, che era quello di Pothier, loro guida ordinaria.

1407 (T). — L'immobile acquistato durante il matrimonio, a titolo di permuta con un immobile spettante all'altro dei conjugi, non cade nella comunione, ed è surrogato nel luogo di quello alienato; salvo il compenso in caso di eccedenza.

1434 (T). — Il rinvestimento si reputa fatto per conto del marito ogni qual volta nell'atto di un acquisto abbia dichiarato di averlo fatto con danari ritratti dall'alienazione dell'immobile suo particolare, e perchè il detto acquisto tenesse luogo di rinvestimento.

1435 (T). — Non basta la dichiarazione del marito che l'acquisto sia stato fatto con danari ritratti da un immobile venduto dalla moglie, e per rinvestirli a di lei vantaggio, se il nuovo impiego non sia stato formalmente accettato dalla moglie; se costei non l'abbia accettato, ha diritto soltanto, allorchè la comunione si scioglie, al rimborso del prezzo dell'immobile venduto.

SOMMARIO

I. Permuta. *Niuna distinzione tra marito e moglie. Il danaro dato di più non impedisce che il mobile acquistato sia proprio per il tutto, salvo il compenso; ma* quid *se tal de-*

(1) Rig., 3 luglio 1844 (Dev., 44, 1, 673); Troplong (1 625); Paolo Pont e Rodière (t. I, n. 465).

(2) Colmar 20 gennaro 1831, Caen, 1 agosto 1844 (Dev., 32, 2, 355, J. P., 1844, tom. II, p. 621). *V.* nel *nuovo Denisart*, alla parola *Acquisti*, § 4, le antiche decisioni in tal senso. *Vedi* anche Rodière e Paolo Pont (tit. I, n. 466); Troplong (titolo I, num. 628).

naro era molto da non essere una semplice eccedenza? Controversia.

II. Reimpiego. *Se fatto dal marito basta, ma bisogna che questi faccia tosto che ha acquistato la dichiarazione che lo acquisto è fatto col suo danaro, e per dargli una nuova proprietà. Dissenso da molti scrittori.*

III. Per la moglie la dichiarazione del marito può essere posteriore all' acquisto; bisogna però sia accompagnata o seguita dall'accettazione formale della moglie data pria che si sciolga la comunione. Controversia. L'accettazione può farsi per atto privato. Solo dal giorno dell' accettazione la cosa apparterrà alla moglie. Conseguenze. Rimando per l'accettazione al caso del reimpiego convenzionale.

IV. Il reimpiego può farsi delle somme proprie che non provengono dall'alienazione dell'immobile del coniuge. Non può farsi con un immobile acquistato prima della alienazione dell' immobile a sostituire, purchè le condizioni della legge sieno adempite. Controversia sopra questi due punti.

I.—La permuta è l'alienazione dell'immobile del coniuge con altro immobile alienato in vantaggio di lui da chi ha acquistato il suo. Il reimpiego è la sostituzione di un immobile, comprato a tal'uopo, all' immobile proprio stato alienato per una determinata somma. Nell' un caso come nell'altro si sostituisce l' immobile acquistato a quello alienato. Tale sostituzione è immediata nel primo e mediata nel secondo; ma in entrambi il secondo immobile sostituto al primo, ne prende la natura e diventa proprio in vece sua. La permuta è prevista dall'articolo 1407 (TT), il rimpiego e le condizioni da adempiersi sia dal marito sia dalla moglie sono indicati dagli articoli 1434 e 1435 (TT).

Quanto alla permuta non vi ha distinzione tra marito e moglie; l'immobile acquistato dall' uno o dall' altro in contracambio del proprio diventa tale sempre invece di questo; solo se i due immobili non sono di un ugual valore ed una somma determinata si è aggiunta dall'uno o dall'altro, ne è dovuta la ricompensa, o dal coniuge alla comunione se egli ha pagato l' eccesso al permutante, o dalla comunione al coniuge se lo eccesso è stato pagato dal permutante.

Ma applicherebbesi la stessa regola nel caso in cui lo eccesso pagato dal coniuge al compermutante sarebbe maggiore dello immobile da quello rilasciato? In tal modo se un'immobile di 60,000 franchi si acquisti dal coniuge con 40,000 franchi presi dalla comunione; e con un immobile di 20 mila franchi a lui proprio, l' acquistato immobile diventa proprio di lui per l'intiero? Su ciò vi sono tre opinioni. Toullier (XII, 149 e 150) Dalloz (Rep. X, p. 196) e Glandanz (n. 113) rispondono del sì, perchè la legge non distingue e dichiara proprio l' immobile avuto in permuta quand'anche vi sia eccesso non badando al più o al meno. Delvincourt invece (III note), Bellot (I pagina 213 e Bugnet sopra Pothier (*Com.* numero 197), insegnano che quando lo eccesso è maggiore dell' immobile del coniuge e rappresenta perciò al di là della metà del valore dell'acquistato immobile, il trattato sotto il nome di permuta deve riputarsi una compra secondo la regola ***major pars trahit ad se minorem***, e l'immobile per cui forma un acquisto, salvo a ricompensare al coniuge il valore del suo immobile. Finalmente Duranton (XIV-195), Battur (I, 208), Rodière e Paolo Pont (I, 500). e Troplong (I, 637) decidono che quando lo eccesso trovasi tanto maggiore da non esser riguardato come semplice accessorio, il contratto deve esser preso per un misto di permuta e di vendita, in modo che l'acquistato immobile sarà proprio per la parte corrispondente al valore della cosa data dal coniuge, acquisto pel dippiù. Nella nostra ipotesi l'immobile acquistato sarà proprio per due terzi, e comune per l'altro.

Quest'ultimo sistema secondo noi è quello che deve adottarsi. È quello dello antico dritto (1), il che nel silenzio del Codice basterebbe

(1) *Vedi* Bourjon (*Dritto Com. della Francia*, parte 2, cap. 10, sez. 2); Pothier (*Comm.*, n. 197) e gli autori da essi citati.

perchè si esegna; è poi il solo conforme alla verità delle cose ed alle regole di equità. Quando l'immobile acquistato è pagato con una somma determinata e col rilascio d'un immobile, vi ha vendita come anche permuta, ed il primo sistema non potrebbe accogliersi. Ma d'altra parte, poichè il coniuge ha creduto permutare il suo immobile, sarebbe tanto contrario alla giustizia quanto al dritto, esservi vendita pel l'intiero, ed il secondo sistema non è nè anco da ammettersi. Bisogna dire che vi sia in uno permuta e vendita, e insieme applicare la regola di questi due contratti; siccome ha giudicato una decisione della suprema Corte (1).

Se nel caso in cui l'immobile rilasciato dal coniuge è di molto minore del denaro preso dalla comunione, i coniugi hanno inteso fare solo uno acquisto per la comunione, e si è fatta una compra per lo intiero; allora il nostro articolo non si dovrebbe applicare essendo l'immobile acquistato per l'intiero. Ma in principio e fuori le particolari circostanze, che motivano questa decisione di fatto, l'immobile acquistato è tale per una parte, e proprio per l'altra.

II. — Quando il coniuge non permuta, ma vende il suo immobile, questo può essere anche sostituito da un nuovo che diventa proprio in sua vece; ma per ciò la legge richiede talune condizioni più o meno severe, secondo che sia un bene proprio della moglie o proprio del marito.

Allorquando l'alienato è quello del marito, basta secondo l'art. 1434 (T) la dichiarazione nell'atto di acquisto che l'immobile è comprato con denaro proveniente dalla alienazione del bene proprio, e perchè divenga tale invece di quello. Bisogna allora, in prima, vi sia doppia dichiarazione dell'origine del denaro e del fine dello acquisto, e secondo, che la dichiarazione si faccia al tempo dell'acquisto.

E primieramente la dichiarazione deve farsi nell'atto di acquisto o per lo meno a un tempo che questo. La regola non è nuova. Si è sempre compreso che una dichiarazione non fatta *incontinenti* nello stesso contratto, ma dopo un intervallo più o meno lungo, *ex intervallo*, sarebbe inefficace (2). Tale condizione è riprodotta dal Codice che richiede sia fatta la dichiarazione al momento *dello acquisto*.

Bisogna d'altra parte, che la dichiarazione indichi in uno l'origine del denaro e la volontà di avere come proprio il nuovo immobile. Molti giureconsulti, specialmente Duranton (XIV-428); Zachariae (III, pagina 424); Duvergier (sopra Toullier, II, 370) e Odier (I-325); insegnano che una dichiarazione, riguardante l'uno dei due punti, sarebbe sufficiente. Invocano intorno ciò la regola dell'antico dritto e più la dottrina di Pothier, e suppongo che i compilatori del Codice abbiano per inavvertenza sostituita la congiunzione *e* alla disgiuntiva *o* che trovasi in quest'ultimo scrittore. Tale idea non è da ammettersi. Pothier (*loc. cit.*) presenta è vero per incidenza e senza discuterla la dottrina di cui trattasi in modo che leggendola potrebbe credersi essere generalmente ammessa; sarebbe questo uno errore. Renusson (capitolo 4, sez. 2); Lebrun (*loc. cit.*, numero 62); Dupressis (*Comun.*, lib. 2, capitolo 4, sez. 2) positivamente insegnano essere necessaria una dichiarazione che indichi insieme l'origine del denaro e il fine dell'acquisto. I compilatori del Codice han dunque riprodotto una antica regola, richiedendo per la sostituzione dei due immobili, che la dichiarazione riguardi i due punti; questa regola d'altronde è conforme al principio posto da loro nell'art. 1250-2° (1203) il quale per la surrogazione di un mutuante richiede insieme sia dichiarato nell'atto di prestito, *che il danaro è stato prestato per fare il pagamento*, e nella quietanza *che il pagamento è stato fatto col denaro dato a tal fine*. Non è più dunque per inavvertenza che i compilatori del Codice han messo la congiunzione *e*,

(1) Rig., 31 luglio 1832 (Dev., 32, 1, 503).
(2) Pothier (*Com.*, n. 198); Lebrun (lib. 3, cap. 2, dist. 2, n. 68).

ed a ragione la necessità della doppia dichiarazione insegnata da molti scrittori è stata adottata in una decisione della Suprema Corte (1).

Non è affatto necessario (ed è riconosciuto dalla stessa decisione) di esprimere questi due punti in tali termini meglio che in altri. Non è nè anco bisogno (quantunque si debba dichiarare che il danaro provenga dall'alienazione dei propri beni) che siano identicamente le stesse monete; la somma *uguale* a quella del prezzo del bene proprio venduto è quel che chiamasi lo *stesso* denaro.

III. — Quando il bene proprio da sostituirsi è quello della moglie, la dichiarazione del marito su i due punti suddetti può esser fatta dopo lo acquisto; ma bisogna sia seguita da una formale accettazione della moglie.

Diciamo non esser d'uopo che la dichiarazione del marito sia nel contratto, potendo intervenire utilmente *ex interrallo*. Vero che Pothier (n. 199) pensava il contrario; ma la dottrina di Dumoulin era diversa (2); e come l' art. 1435 (T) riproducendo gli elementi che deve contenere la dichiarazione, non ripete che essa debba farsi al tempo dello acquisto; come per altro l'articolo 1595-2° (1440) dichiara valida la cessione d'un immobile proprio, fatta dal marito alla moglie pel reimpiego d'un bene proprio di costei, senza distinguere in qual tempo lo abbiano acquistato, quindi francamente diremo che la dichiarazione può esser fatta utilmente quando che sia. Ma tal dichiarazione, come di ragione non basta ; perchè l' immobile diventi proprietà della moglie bisogna assolutamente che questa ne accetti lo acquisto; non bastando la sola volontà del marito perchè un bene diventi proprio della moglie. Fermiamoci sulle condizioni volute per l'efficacia dell'accettazione.

Primieramente l'accettazione della moglie, non ostante la contraria sentenza di Delvincourt, non deve farsi al tempo medesimo dell'acquisto. Poichè può farsi *ex intervallo* la dichiarazione stessa del marito la quale precede necessariamente la accettazione della moglie, con più ragione l'accettazione della moglie, e ragionevolmente la dottrina di Delvincourt dannata già dalla nostra antica giurisprudenza, è stata rigettata da tutti gli scrittori (3).

Ma l'accettazione se non al tempo stesso dello acquisto, deve farsi almeno innanzi che si sciolga la comunione. Alcuni giureconsulti tanto nell'antico dritto, che sotto il Codice hanno insegnato il contrario, ma la soluzione data da noi e dal più degli scrittori e adottata similmente dalla giurisprudenza (4), risulta abbastanza dal testo medesimo del nostro art. 1435 (T) secondo il quale *allo scioglimento della comunione* la moglie la quale non ha accettato non ha più la scelta di ottenere od un novello bene proprio, o una semplice ricompensa del prezzo del suo immobile. Rodière e Paolo Pont (I-509), tuttochè riconoscano che l' accettazione non potrebbe farsi utilmente sciolto che sia il matrimonio *per la morte del marito*, insegnano che lo si può o dalla moglie dopo sciolta la comunione per una sentenza di separazione di beni , o anche dagli eredi della moglie dopo sciolta la comunione e il matrimonio per la morte di lei. Ma cotesta distinzione ci sembra del tutto arbitraria e da non ammettersi. Fino a che la dichiarazione del marito non sia stata seguita dall'accettazione della moglie, il nuovo immobile è uno acquisto; scioltasi la comunione, per qualsiasi causa, durante cotale

(1) Glandaz (n.262); Benech (*Del Reimpiego*, n.36), Paolo Pont e Rodière (I-504) ; Troplong (II-1119 e 112); motivi d'una decisione di rig. dei 13 maggio 1838 (Dev., 38, 1, 525).

(2) Sull'art. 231 della *Consuetudine del Bourbonnais*.

(3) Toullier (XII, 362) ; Duranton (XIV , 393) ; Bellot, des Minieres (I, p. 516), Zachariae (III, pagina 425); Rodière e Paolo Pont (I, 509).

(4) Duplessis (*Comm.*, lib. 2, cap. 4, sez. 2); Lebrun (*loc. cit.* n. 67); Valin (*Coul. de la Roch.*, II, p. 618); Merlin (Rep., alla parola *Reimpiego* . 55, 2, n. 5); Maleville (III, pag. 245); Delvincourt (I. III); Toullier (XII-360 e 361); Duranton (XIV-393); Zachariae (III, p. 425); Benech (nn. 85 e 93); Odier (I-522); Troplong (II-1126) ; Tolosa, 22 dicembre 1834; Lion, 25 nov. 1842; Besanson, 11 gennaro 1844 (Dev., 43, 2, 418, 45, 2, 85).

stato di cose i dritti di ciascun coniuge o dei suoi eredi sono quindi stabiliti, e la moglie o i suoi eredi per un immobile non proprio, ma acquistato, hanno soltanto dritto ad un compenso per il prezzo del bene proprio alienato; similmente sciolta la comunione per qualsivoglia causa, gli antichi scrittori toglievano alla moglie ogni facoltà di appropriarsi l'immobile, come fa il nostro articolo, dicendo che tal facoltà cessi per lo scioglimento della comunione e la moglie non possa ripetere che un semplice compenso. Così pure è stato insegnato da Troplong (II-1128) ed era stato anche giudicato dalla precitata decisione di Lione dei 25 nov. 1842.

Prima dunque dello scioglimento della *comunione*, come generalmente insegnasi, deve la moglie accettare; ma in qual modo? Secondo il nostro articolo l' accettazione deve essere formale; non basterebbe una tacita indotta da circostanze di fatto. A torto dunque molti scrittori (1) insegnano che l'intervento della moglie nel contratto di acquisto in cui il marito fa la dichiarazione richiesta dalla legge, costituisca una tacita efficace accettazione. Essendo la moglie tanto dipendente dal marito non è bastato al legislatore fosse ella presente nell'atto: l'articolo 1544 (T) dice, che in una costituzione di dote fatta dal solo padre, la madre *benchè presente al contratto*, non si ritiene obbligata. A torto Rodière e Paolo Pont (I-510), dopo aver detto che la presenza della moglie sarebbe efficace se la sua volontà di accettare risultasse da alcune dichiarazioni poste nell'atto di acquisto, aggiungono: *o da tutt'altre circostanze in cui i giudici di fatto han piena libertà di giudicare*. La volontà di accettare, come è stato giudicato da una decisione di rigetto dei 17 agosto 1813, può indursi da tutti insieme *i termini del contratto*, poichè essendo nei *termini* dell'atto, è espressa e formale; ma non potrebbe indursi dalle circostanze di fatto prese fuori del contratto; vi sarebbe allora una tacita accettazione che poteva esser sufficiente altra volta quando non eravi regola alcuna su ciò (benchè Bourjon e Lebrun insegnassero che la moglie dovesse *accettare formalmente*, *consentire espressamente*); ma è oggi inefficace di fronte all'art. 1435 (T) (2).

L' accettazione della moglie, se non è fatta insieme colla dichiarazione del marito, deve farsi in un atto posteriore; ma non però l'atto dev'essere autentico, come vuole Duranton (XIV-394); ed a ragione tal dottrina è rigettata da Benech (n. 46) da Rodière e Paolo Pont (*loc. cit.*) e da Troplong (II-1131).—L'accettazione o in un atto privato o in un atto autentico sarà sempre formale, ma l'atto privato non avrà effetto in faccia ai terzi secondo l'art. 1328 (1282) se non quando avrà acquistato una data certa con una delle tre cause in esso indicate. In ogni modo la moglie non dev'essere autorizzata del marito per fare la accettazione separata; essa già lo è stata tacitamente per la dichiarazione di lui, in cui dicevasi comprar egli lo immobile per esser proprio di sua moglie, se questa volesse accettarlo.

Colla sola accettazione della moglie, come abbiam detto, lo immobile acquistato per servirle di rimpiego ne diventa proprio. Quindi qualunque alienazione o concessione di dritti reali che il marito farebbe ai terzi pria dell' accettazione, sarebbe valida perchè riguardante un acquisto di comunione. In caso di alienazione l' offerta fatta dal marito colla sua dichiarazione è rivocato, e la moglie non può più accettare; che se il marito ha solo concesso servitù o ipoteche, è libera la moglie di

(1) Toullier (VII, 364); Zachariae (III, p. 425); Troplong (II, 1129).

(2) Diciamo con Benech (*Impiego e Reimpiego*, n. 43) come principio generale, che l'accettazione dev'essere formale, cioè espressa, e che la Corte suprema dovrebbe cassar quella decisione che si contentasse della tacita; ma non sapremmo, con lui, biasimar la decisione di rigetto del 1813, poichè la Corte di appello, a torto o a ragione, nei termini del contratto avea visto l'accettazione. Erasi dunque riconosciuta, forse a torto, la esistenza di una espressa accettazione in modo che poteva essersi mal giudicato, ma non esservi violazione di legge.

non prender l'immobile o accettarlo nello stato in cui trovasi, con le servitù, e colle ipoteche. In nessun caso può la moglie pretendere di attribuire alla sua accettazione un effetto retroattivo, ed ogni concessione fatta dal marito nello intervallo dell'acquisto o della sua dichiarazione, all'accettazione della moglie, resta valida dopo e non ostante l'accettazione (1).

Sotto l'art. 1497 (T), n. II esamineremo se l'accettazione della moglie diventi inutile in caso di convenzionale rimpiego, cioè quando il contratto di matrimonio racchiuda la clausola di reimpiego.

IV.—È controverso se i nostri art. 1434 e 1435 (TT) debbano strettamente intendersi, allorchè parlano d'immobili divenuti proprî, in reimpiego *d'altri immobili*, e se tal qualità di proprî appartenga ugualmente agl'immobili acquistati, con le condizioni richieste, col danaro proprio di un coniuge e non proveniente dall'alienazione del suo immobile. Nel caso adunque in cui una somma determinata si legasse ad un coniuge colla condizione che non la metta in comunione; ove si compri un immobile con dichiarazione che si paghi col danaro legato al coniuge, e che debba diventargli proprio, lo si potrà render veramente tale coll'accettazione della moglie, se trattasi di lei? Duranton (XIV, 389) e Dalloz (Rep., X, p. 196) rispondono del no, riportandosi al testo dei nostri due articoli.—Ciò non ci sembra esatto, nè sappiam perchè seguirli. Che cale che il danaro sia proprio, perchè proveniente dall'alienazione di un immobile personale o perchè legato con tal condizione? In ambi i casi la sua natura non è la stessa? E se è proprio in un caso come nell'altro, perchè non rimpiegarlo nella compra di un immobile proprio? I due casi sono identici, dappoichè nel primo l'immobile che avea il coniuge non esiste più, e non ne rimane che una determinata somma: secondo l'articolo 1595-2° (1440) il marito può cedere gl'immobili alla moglie, sia pel reimpiego degl'immobili di lei alienati, o per quello di danaro proprio di lei; d'altra parte lo articolo 1470 (T) riconosce in ogni coniuge, nella divisione della comunione, il dritto di prelevare pria di quella, o i suoi personali beni senza distinguere sieno immobili o mobili; *o quelli stati acquistati in reimpiego* dei beni personali, qualunque si sieno. Lo spirito della legge non rigetta dunque, ma autorizza invece il rinvestimento in immobili proprî delle somme personali di un coniuge; e ben a ragione il più degli scrittori e la giurisprudenza rigettano intorno a ciò la dottrina di Duranton (2).

Analogamente a tal soluzione diciamo che sebbene l'art. 1407 (T) parli solo dell'immobile acquistato in permuta di un *immobile* proprio, la non può applicarsi ugualmente a quello acquistato in permuta di un bene proprio *mobiliare*. Così, p. e. se il coniuge permuti per un immobile un quadro di famiglia d'un immenso valore statogli donato con condizione di rimanergli proprio, non potrebbe dubitarsi che esso immobile non sia proprio, così come se lo oggetto permutato fosse stato mobiliare.

Altra quistione più delicata è se il testo della legge, che non esclude il reimpiego dei danari proprî provenuti da sorgente altra che un'alienazione d'immobili, non escludesse quello di danari che proverrebbero dalla vendita di un immobile; in altre parole, se si può fare anticipatamente il reimpiego del prezzo di un bene proprio che si ha in animo di vendere appresso. A primo aspetto pare evidentemente che no. Siam tratti a dire, come fa Toullier, essere strano il reimpiegare un prezzo che non esiste ancora, il mettere una cosa invece di un'altra non ancor tolta, e par che manchi la prima delle condizioni richieste, poichè la legge innanzi tratto vuole

(1) Discussione del Consiglio di Stato (Fenet, XIII, p. 562); Rodière e Paolo Pont (I-511); Troplong (II-1136).

(2) Toullier (XII-356); Zachariæ (III, p. 426); Battur (I-209); Rolland de Villargues (alla parola *Reimpiego*, n. 25); Paolo Pont e Rodière (I-513); Troplong (II, 1158 e 1157); Tolosa, 27 mag. 1834; Caen, 6 mag. 1839; Parigi, 9 lug. 1841 (Dev., 35, 2, 175; J. P. 1841, 2, 385).

che l'immobile nuovo si paghi col prezzo del bene proprio del coniuge: non dubiteremo di dire, col più degli scrittori e con molte decisioni (1) essere nullo lo anticipato reimpiego se non dovremmo fare un'importante distinzione.

Infatti il reimpiego, sebbene anticipato, può avere le condizioni richieste dalla legge, e allora diventa per lo meno dubbio se sia nullo. Così, dichiaratosi nel contratto che l'acquisto si fa per rinvestire in vantaggio della moglie il tal bene proprio determinato, appartenente ancora a lei, ma che sarà fra breve venduto; consentendo poi il venditore a ricevere il prezzo, dopo *progettata* l'alienazione, si dice che l'acquisto si pagherà col ritratto della vendita del bene proprio e che poi si farà comprovare colla quietanza che quei danari son quelli che servono al pagamento; se poi si aggiunge l'accettazione della moglie, in breve se concorrono tutte le condizioni del nostro articolo, perchè dovremmo dichiarar nullo un tal reimpiego?— Non certo perchè l'acquisto fatto per esso fosse condizionale, dipendendo dalla futura alienazione del bene proprio, perchè una vendita può farsi puramente. semplicemente, e con condizione, o a termine; e nemmeno perchè, secondo oppone Toullier, non si può rimpiegare un prezzo che non esiste, nè sostituire una cosa che esiste ancora; il prezzo esisterà, e la cosa propria più non sarà, quando il reimpiego si compirà pagandosi il prezzo della cosa propria alienata al venditore dell'immobile acquistato. Assurdo sarebbe il dire che la cosa acquistata sostituisca *immediatamente* nel patrimonio del coniuge il proprio ivi ancora esistente; ma gli è ben detto, che la tal cosa sostituirà la propria nel patrimonio *quando questa non vi sarà più*. Noi pensiamo adunque col più degli scrittori e con molte decisioni (2) che il reimpiego fatto con un acquisto anticipato sia valido, allorchè concorrano le varie condizioni richieste dai nostri articoli.

Troplong, tuttochè dichiari in principio che il contrario sistema non è pur da sostenersi, ammette seguendo una decisione della Corte d'Angers (3) che debbasi applicare pel marito, e che l'anticipato reimpiego debba essere solo valido per la moglie. Si respinge da noi tale arbitraria distinzione, che non ha legale fondamento. È vano il dire che il marito con siffatto mezzo si arricchirebbe a spese della comunione, dappoichè potrà egli effettuire l'impiego se lo acquisto è vantaggioso, se no lascerà invenduto il bene proprio. La obbiezione non ha forza essendo l'inconveniente uguale pel rimpiego ordinario e lo anticipato: in quello è il marito padrone di acquistare per se quando gli si presenta il destro e lasciare alla comunione gli altri acquisti. Troplong fa notare che in ogni circostanza, e *per la natura stessa delle cose*, il reimpiego è un *pericoloso strumento* se il marito l'esercita nel proprio interesse. Nulla havvi dunque di particolare pel reimpiego anticipato, e quindi la quistione deve sciogliersi con un no od un sì assoluto.

Ammesso che i nostri articoli permettano il reimpiego della cosa propria anteriormente alienata, lo anticipato reimpiego sarà proibito tanto al marito che alla moglie; riconosciuto invece da noi e da Troplong, che tali articoli non rigettano l'anticipato reimpiego, sarà questo permesso sì al marito che alla moglie.

1408 (T). — L'acquisto fatto durante il matrimonio, col mezzo di licitazione, od altrimenti della porzione d'un immobile di cui uno dei coniugi era proprietario per

(1) Toullier (XII-370); Bellot (I, p. 521); Odier (I-326); Parigi, 23 genn. 1820; Bourges, 1° agosto 1838 (Dev., 38, 2, 455).

(2) Rolland de Villargues (Rep., alla par. *Reimpiego*, n. 39); Coulon (quest. III, p. 413); Glandaz (n. 264); Paolo Pont e Rodière (I, 512); Pothier (19 genn. 1825); Rig., 23 nov. 1826; Angers, 5 febbr. 1819 (Bordeaux, 12 genn. 1831; Parigi, 27 marzo 1847).

(3) Troplong (II, 1154); Angers, 6 marzo 1846 (Dev., 46, 2, 37).

indiviso, non si considera come uno acquisto fatto alla comunione, purchè questa venga indennizzata della somma che avrà somministrato per tale oggetto.

Nel caso in cui il marito venisse egli solo ed in nome proprio, ad essere acquirente od aggiudicatario di tutto o parte di un immobile spettante per indiviso alla moglie, questa all' epoca della dissoluzione della comunione, ha la scelta o di rilasciare l'effetto alla comunione, la quale in tal caso resta debitrice verso la moglie della parte che ad essa appartiene del prezzo, o di prendere l'immobile, rimborsando alla comunione il prezzo dell'acquisto.

SOMMARIO

I. L'acquisto di una parte dell'immobile indiviso, di cui altra parte appartiene ad un coniuge dà a questi la proprietà dell'immobile. Errore di Toullier. Non importa quando la indivisione è cominciata. — Altra inesattezza di Toullier. La regola si applica ad un coerede col beneficio divenuto aggiudicatario dello immobile, anche per lo acquisto d'una porzione di ciò che non appartenga al coniuge. Controversia su questi due punti.

II. Questa regola vale solo per tutti i casi in cui, a parte di questa disposizione, l'acquisto abbia dato la proprietà.

III. Se una parte dell' immobile indiviso appartiene alla moglie, e il marito ne acquista l' altra porzione o la totalità, sta nella scelta della prima o di ritener per se lo acquisto o di lasciarlo in comunione.

IV. Questa scelta però non può farsi pria di sciogliersi la comunione. La moglie non può chiedere alcun termine per farla.

V. La moglie, se ritiene per conto suo lo acquisto fatto dal marito per la comunione, deve compensarne questa; in caso contrario, se l'immobile resta intiero in comunione, non può pretendere compenso per la parte che le spettava. Errore di Duranton.

VI. La moglie può rinunciare alla facoltà di scegliere? Quid *in tal caso? Possono i suoi creditori esercitare questa facoltà. — Controversia.*

VII. Alle sette sorgenti d' immobili propri indicate dai testi, bisogna aggiungere l'accessione all'immobile d'un coniuge. Ma l'acquisto d'una parte di terreno per accrescere il chiuso del coniuge, o la compra che si fa per la comunione dell'usufrutto gravitante sull'immobile del coniuge, non si possono riguardare come accessioni.

VIII. Dei beni mobiliari propri. *Essi sono perfetti o imperfetti. — Sviluppo sulle tre sorgenti da cui provengono.*

I.—Delle due regole di questo articolo, la seconda è in certi casi una eccezione alla prima. Occupiamoci di questa.

Secondo il nostro primo paragrafo, allorchè l'uno de' coniugi è proprietario di una porzione ancora indivisa di un immobile, e siasi acquistata l' altra nel tempo del matrimonio all'incanto o altrimenti dal coniuge comproprietario, o dall'altro o da entrambi (la legge non fa distinzione), la porzione ora acquistata diventa propria a tal coniuge ugualmente a quella che in pria appartenevagli, salvo il compenso da lui dovuto alla comunione pel prezzo dell'acquisto; quand' anche questo si facesse dai due coniugi con espressa dichiarazione di farla per la loro comunione, o ciascuno per metà.

La legge e non la volontà dei coniugi rende le cose proprie o acquistate. Toullier (XII, 165) cade in grave errore insegnando che lo acquisto della porzione d'un immobile di cui è comproprietaria la moglie, formerà uno acquisto di comunione, se fatto dal marito e dalla moglie insieme, quand'anche senza dichiarazione alcuna, e che bisognerebbe per fare una cosa propria l' espressa accettazione della moglie, come pel reimpiego. Nulla havvi di comune tra questo il quale presenta una compra ordinaria, e la sola dichiarazione del coniuge fa diversa dalle altre compre (ciò rende indispensabile la dichiarazione) ed il nostro caso di indivisione che equivale a divisione, e fa di pieno dritto stimare che il coniuge comproprietario sia stato sempre solo proprietario della porzione acquistata.

Perciò il nostro articolo seguendo la dottrina di Pothier non fa distinzione alcuna, e dichiara propria la porzione acquistata, e da chi non monta. Non solo adunque sarà propria la porzione quando i coniugi agendo di conserva nulla han detto, come crede Toullier, dappoichè la presenza della moglie nell' atto mostra abbastanza il suo dritto di proprietà, e quella del marito il suo dritto di godimento, e l'esser lui consulente della moglie; ma lo sarà pure ad onta di qualunque clausola che avversasse tale idea, essendo essa nulla, perchè contraria *alla* formale prescrizione del paragrafo 1° del nostro articolo (1). Ma se basta vi sia indivisione, è questa indispensabile; e se la porzione che appartiene al coniuge fosse la *frazione di* uno immobile già diviso tra lui e i suoi comproprietarî, più non si applicherebbe la regola (2).

La indivisione basta perchè si applichi l'articolo, non badando al maggior o minor valore della porzione indivisa spettante al coniuge, nè al tempo in cui ha avuto principio l'indivisione, e mal si avvisa il Toullier (XII, 155 156 e 159) volendo che essa nasca pria del matrimonio. Se per la morte *di mio padre* divento io *durante il mio matrimonio* comproprietario per la metà della casa ch' ei possedeva, e di cui l'altra metà spetta a mio fratello, la mia metà non appartiene alla comunione, ma a me personalmente e l' altra metà, se acquistata da me, sarà mia propria, secondo la nostra regola, benchè l'indivisione sia avvenuta durante il matrimonio: la dottrina di Toullier è condannata da tutti gli scrittori, specialmente dal suo annotatore Duvergier (3).

Ma si dovrà applicare la nostra regola se un coerede beneficiato acquisti un immobile in un'aggiudicazione forzata a cui procedettero i creditori ereditarî? Alcune antiche decisioni appigliaronsi al no, e, dopo il Codice, Bellot (I, p. 219) e Zachariae (III, p. 426) le han seguito. Essi si fondano su ciò, che la legge parla solo dell'acquisto *di parte* di un immobile, di cui un'altra parte spetti al coniuge, mentre qui, essi dicono, il coerede acquista colla aggiudicazione, *tutto* l'immobile, non come erede, ma come acquirente. In tal caso, seguono a dire, si fa la compra di tutto l'immobile, che è un acquisto, come in qualunque compra..... Cotesta dottrina, che sotto il Codice è stata ammessa e rigettata da due diverse decisioni (4), ci sembra inesatta; e a buon dritto è stata rigettata nello ultimo stato dell' antica giurisprudenza, e dal più degli scrittori antichi e moderni (5). In fatti l' aggiudicazione, anzichè fare acquistare al coerede, gli conferma il dritto che avea *ab initio* sopra una parte dell' immobile; poichè, per questa non si potrebbe additare un proprietario intermedio fra lui ed il defunto; sicchè vi sarebbe acquisto per ciò che egli non aveva, e quindi per una porzione, secondo chiede la legge.

Si è domandato se la regola debba applicarsi all' acquisto che si farebbe d' una parte soltanto di ciò che non spetta al coniuge nello immobile da cui non verrebbe a cessar l'indivisione. Così, un coniuge che

(1) Pothier (n. 152); Rodiere e Paolo Pont (I, 477); Troplong (I, 664-668). — Caen (25 febbraro 1837); Nancy (18 maggio 1838); Amiens (3 giugno 1847 (Dev., 38, 2. 154; 48, 2, 674).

(2) Douai (10 maggio 1838).

(3) Troplong (I, 659) rigettando come noi un tale errore crede non potersi rimproverare a Toullier, il quale secondo lui non si manifesta molto formalmente. Pure Toullier è molto preciso. Dopo avere egli detto (n. 155) che trattasi di beni indivisi *acquistati pria del matrimonio* soggiunge (numero 156) che a ciò solo si deve riguardare: « L'uno dei coniugi era *pria del matrimonio* comproprietario indiviso dello immobile? Poi nel num. 159 per ben tre volte ripete trattarsi d'un coniuge *comproprietario pria del matrimonio* parlar la legge d'un immobile *indiviso pria del matrimonio*, e lo art. 1408 (T) esser fondato *sul fatto* dell'indivisione degli immobili ANTERIORI AL MATRIMONIO ».

(4) Amiens, 3 marzo 1815; Parigi, 2 giugno 1817. Queste due decisioni contrarie versano sullo stesso affare, perchè la prima fu cassata; ma la cassazione (24 lug. 1816) fondossi sopra un motivo estraneo alla nostra quistione, in modo che la Corte suprema non pronunziò sulla quistione.

(5) Merlin (*Rep.*, alla parola *Diseredare*, n. 5); Toullier (XII-157); Duranton (XIV-200); Dalloz (X, p. 196); Battur (I-259); Glandaz (n. 120); Odier (I-135); Paolo Pont e Rodière (I-484); Troplong (t. I, n. 648). — *Vedi* inoltre Nancy, 9 giugno 1854 (Dev., 54, 2, 785).

essendo uno dei tre comproprietarî di un immobile, acquista, o vede acquistare dal suo coniuge la parte di uno degli altri comproprietarî, la riterrà egli in proprio?.. Rodière e Paolo Pont (1-485) non che una decisione del 1836, rispondono del no, e vogliono che il nostro articolo debba solo applicarsi all'atto che fa cessare completamente l'indivisione (1). Ma questa dottrina, combattuta già da noi nella nostra terza edizione, è stata rigettata dopo da due decisioni del 1849 e 1850, una delle quali della Corte suprema (2): essa in fatti urta al testo, non che allo spirito della legge. Al testo; poichè l'articolo parla di qualunque acquisto di *porzione* di un immobile di cui un coniuge è indiviso proprietario, sia o no cotesta porzione la totalità di ciò che non apparteneva al coniuge. Allo spirito della legge, perchè non sarebbe conforme ai suoi fini, che avendo io in proprio un terzo dello immobile, il secondo terzo che ho potuto comprare, mi diventi pur proprio, onde abbia più tardi la proprietà dell'intero, quando potrò acquistare l'ultimo terzo? Negarmi la seconda porzione che acquisto oggi perchè non ho acquistato immediatamente la terza, e negarmi poi la terza che comprerò più tardi, perchè non avrò la seconda, non importa render perenne la indivisione, non ostante tutti i miei sforzi, mentre al contrario la legge mira a farla cessare? Non si crea forse la indivisione fra me e la comunione, mentre la legge cerca di schivarla? Dall'altra parte, quale inconveniente vi sarebbe che io avessi in proprio per un tempo maggiore o minore una porzione indivisa maggiore di quella che dapprima mi apparteneva? L'aver voluto esagerare il rapporto tra il nostro articolo 1408 (T) e lo art. 883 (803) ha fatto rampollare l'errore. Certo il nostro articolo è fondato sopra idee, una delle quali ha analogia col principio dell'art. 883 (803), ma non ne è una semplice applicazione, come si è creduto. Il nostro articolo che ha i suoi speciali motivi, ha la sua speciale estensione, e si andrebbe errati se lo si volesse restringere dentro ai limiti dell'artic. 883 (803). La qual cosa è stata ben compresa da due decisioni del 1849 e 1850: « l'art. 1408 (T),

(1-2) Parigi, 3 dic. 1836 (Dev., 37, 2, 92). — Rouen, 19 mar. 1849, conservata da una decisione di rigetto dei 30 gennaro 1850, (Dev., 50, 1, 297). Il raccoglitore delle decisioni porge la soluzione di queste due ultime decisioni come conforme alla prima. E ciò fa per manco di riflessione. Egli è vero che nella causa del 1849 e 1850 il coniuge, al tempo della causa aveva già riunito con due acquisti successivi *la totalità* dell'immobile, poichè comprata prima la parte di una delle due sue sorelle aveva poi ottenuto dall'altra la sua porzione nel podere; gli è vero altresì che in cotesto stato di cose le due decisioni di Rouen, e della Corte Suprema han parlato soltanto del risultamento diffinitivo dei due atti successivi senza dire nulla dello effetto particolare del primo, d'onde Devilleneuve inferisce non essere stata giudicata la quistione dell'effetto prodotto dal primo atto. Errore manifesto. Non si poteva giudicare l effetto diffinitivo dei due atti senza giudicare per ciò stesso quello del primo: dire che Vimard con l'ultimo atto che gli attribuiva la parte della seconda sorella aveva in proprio l'intero immobile, importava che col primo atto gli era già divenuta propria la parte comprata dell'altra sorella? Se fosse vero come era stato giudicato dalla decisione del 1836, e come dice pure Devilleneuve nello annotare le due dec. del 1849 e 1850, che l'acquisto non da più un bene proprio, ma un bene acquistato quando concerne la parte di uno dei tre coeredi, cosicchè lascia continuare la indivisione fra il coniuge acquirente e l'altro coerede, il primo atto di Vimard, con cui aveva comprato la parte di una delle due sorelle, e che avea fatto continuare la indivisione tra lui e l'altra sorella la signora Pradeaux, avrebbe prodotto uno acquisto, non un bene proprio di Vimard, e quindi il secondo acquisto che questi fece appresso della parte dell'altra sorella non avrebbe potuto dargli in proprio *la totalità* dell'immobile. — Vedi pure in questo senso Bourges, 20 agosto 1855 (Dall., 56, 2, 41). Ma la dottrina contraria difesa da Paolo Pont *nel Trattato del Contratto di Matrimonio* (*loc. cit.*) è stata da lui ripresa e sviluppata nella *Revue critique* tom. 1, p. 203 e tom. 2, p. 513 a proposito di una decisione profferita conforme alla sua opinione dalla Corte di Douai il 13 gennaro 1852 (J. P. 1852 tom. II, pag. 133). *Vedi* anche un'altra decisione della medesima Corte dei 31 marzo 1852 (Dev., 53, 2, 47) secondo la quale sotto la regola della comunione il reimpiego del prezzo di un bene proprio alienato durante il matrimonio si fa validamente con lo acquisto di una parte indivisa di un immobile che appartiene per il dippiù ad un terzo od anche all'altro coniuge; in questo caso se fosse comproprietario l'altro coniuge invano si metterebbe innanzi l'articolo 1408 (T) per pretendere che la parte di recente acquistata avesse accresciuta quella del detto coniuge, restando a colui di cui sono stati alienati i beni propri e che col prezzo ritratto dai medesimi ha pagato il novello acquisto.

dice quella di Rouen, non è dominato dall'art. 883 (803), forma un dritto speciale, che si fonda su considerazioni eccezionali estranee ai motivi che dettarono l'art. 883 (803); la Corte suprema dice a sua volta che « la decisione impugnata ha fatto una giusta applicazione dell'artic. 1408 (T) e non ha violato l'articolo 883 (803) che si applica in un altro ordine di idee. »

II.—La regola del nostro articolo sembra dettata per un acquisto fatto a danaro; e non già per la porzione di un immobile acquistata come bene proprio per successione o per donazione. Così se la metà d'un immobile indiviso di cui l'altra metà appartiene al marito si acquista dalla moglie *per donazione* e successione, la metà sarà *propria* della moglie, e secondo la nostra disposizione non si riunirà all'altra metà che aveva il marito. La quale idea che sorge abbastanza dalla natura delle cose, è manifestata dal testo stesso dello articolo, che parla del danaro ***somministrato per lo acquisto***.

In fatti abbiamo veduto che il Codice non chiama beni *acquistati* ma beni *devoluti*, quelli che provengano per successione o per donazione (articolo 1401-2° e 3° (T)).

Ma bisogna che si vada più in là nel nostro esame.—Così se la metà indivisa dello immobile, di cui l'altra metà spetta già al marito è devoluta alla moglie per una donazione che la mette in comunione, conforme all'art. 1407 (T), tal metà, sebbene ottenuta a titolo gratuito, non dovrà forse essere governata dalla regola del nostro articolo? Viceversa, se questa medesima metà si acquista dalla moglie in permuta di uno dei suoi beni proprî, benchè avuta a titolo oneroso, non dovrà essere sottratta dalla nostra regola? In breve, non dobbiam dire che la nostra regola debba o no applicarsi, non secondochè l'acquisto sia a titolo oneroso o gratuito, ma secondochè esso avrebbe procurato un bene acquistato o un bene proprio, se mai l'articolo non si fosse scritto?

Ci sembra delicata cotal quistione, che nessuno ha proposto, e che pure è di molto interesse per la interpretazione del nostro articolo; a sentimento nostro si deve risolvere affermativamente.

E sulle prime sembra conforme allo spirito della legge, che lo acquisto sia governato dall'articolo quando senza di esso avrebbe dato un bene acquistato, non ostante sia stato a titolo gratuito.

Poichè la legge, quando la compra deve farsi per la comunione, suppone che i coniugi comprino la parte indivisa di un immobile perchè un'altra parte ne esista nel patrimonio di un di loro, non si è forse nel suo sistema, supponendo o prestando questa medesima idea a colui che fa donazione della parte indivisa alla comunione? Poichè una parte indivisa dell'immobile che esiste presso un coniuge ha la forza di trarre a se, ove si faccia una compra, la nuova parte che dovrebbe in principio restarne divisa entrando in comunione, perchè non dovrebbe avvenire lo stesso ove si faccia una donazione alla medesima comunione e non personalmente allo altro coniuge? Il compenso che deve pagare il coniuge comproprietario alla comunione sarà facilmente stabilito non più dal prezzo dello acquisto, non essendovene in questo caso, ma da una stima del valore della porzione donata al tempo della donazione.

Per l'opposito, quando la parte nuova si è acquistata per una causa che fuori del nostro articolo e secondo le altre disposizioni della legge ne fa un bene proprio del coniuge non proprietario dell'altra parte, siccome propria è allora ciascuna delle due parti, nè si deve far prevalere il bene proprio dell'un coniuge sul bene proprio dell'altro, la porzione così acquistata, sebbene a titolo oneroso, par che debba non riunirsi alla porzione dell'altro coniuge e restar propria di colui che la acquista; in altri termini non applicarsi il nostro articolo (1).

Da cotesta soluzione rampolla qualche

(1) Supponiamo uno acquisto che attribuisca in proprio la nuova parte indivisa *al coniuge non*

obbiezione. E in prima essa si oppone al testo, il quale applica la sua regola allo acquisto per cui *una somma è stata somministrata*, mentre nel nostro sistema si applicherebbe pure ad una donazione che dovrebbe formare uno acquisto. Ma il testo non è limitativo; vi si è parlato dello acquisto a danaro, come il caso più comune, ma non per escludere il caso contrario. Così non potrebbe dubitarsi che dovrebbe applicarsi l'articolo, se la porzione dello immobile di cui un'altra porzione spetta ad uno dei coniugi si fosse acquistata in permuta di un immobile comune. Eppure non si sarebbe somministrata alcuna somma per lo acquisto, e il compenso della comunione potrebbe stabilirsi anche con una stima. — Altra obbiezione può anche farsi, ed è, che secondo il nostro sistema il marito potrebbe vietare che la moglie abbia una parte dell'immobile patrimoniale ch'ella può avere in intero, mentre perciò egli potrebbe prendere quella parte come bene proprio in permuta o reimpiego di un altro bene proprio. Ma si noti che la permuta o il reimpiego renderà tal circostanza abbastanza rara e insieme indipendente dal semplice capriccio del marito; non si può far sempre a piacere il reimpiego o la permuta di un bene proprio. Dall'altra parte, ammesso il contrario sistema, dicendo che sarà governata dal nostro articolo la porzione acquistata, se a titolo oneroso, e sebbene lo sia in permuta o in reimpiego di un bene proprio, maggiori inconvenienti potrebbe averne la moglie, poichè ella, accettata in permuta o in reimpiego una porzione dell'immobile di cui una parte spettava al marito, avrebbe fatto uno acquisto nullo, si sarebbe insieme privata dell'immobile acquistato (riunito di pieno dritto alla parte del marito) e del suo proprio alienato, e contro la sua volontà non avrebbe altro che un semplice credito pecuniario. — Adunque la quistione deve risolversi affermativamente, e conforme al parer nostro abbiamo una decisione del 1849, nella quale leggesi potersi ammettere il principio *in tutti i casi in cui per effetto della comunione stipulata, l'acquisto formerebbe un bene acquistato*.

Arroge (secondo sopra abbiam detto, che non debba farsi prevalere un bene proprio di un coniuge su quello dell'altro) che se la comunione acquistasse a titolo oneroso o gratuito una parte di un immobile indiviso, di cui già *ciascuno dei coniugi* avrebbe in proprio una parte, la porzione acquistata diverrebbe propria, secondo il nostro articolo, in parte all'uno dei coniugi in parte all'altro, in proporzione del valore della parte, che ad ognuno di essi appartiene.

In somma la nostra regola si applicherà o per il coniuge comproprietario, o per i due coniugi insieme se entrambi comproprietari, quando la nuova parte dello immobile indiviso dovrebbe entrare in comunione; ma non si applicherà quando la novella parte costituisca un bene proprio.

III. — Dopo la regola già svolta ve ne ha un'altra che si applica ora ad un altro caso, ora anche al medesimo caso dalla prima previsto.

Essendosi detto nel primo paragrafo dell'articolo che se si fa acquisto durante il matrimonio della porzione di un immobile indiviso, di cui un'altra porzione spetta già ad un coniuge, la porzione acquistata sarà propria di costui, si aggiunge, che ove un marito acquisti una porzione o tutto intero l'immobile indiviso di cui una parte era propria della moglie, esso sarà o acquistato o proprio, secondochè la moglie vuol metterlo in comunione, o ritenerlo per se (1).

Ciò posto, ove nell'aggiudicazione spetti

proprietario dell'altra parte; se la attribuisse in proprio al coniuge già proprietario della prima parte, non sarebbe più dubbio, perchè allora vi si riunirebbe in qualunque ipotesi, si applicasse o no la regola del nostro articolo. Per altro, noi intendiamo non potersi applicare la regola del nostro articolo nè allo acquisto che rende la nuova parte propria del coniuge già proprietario della prima, nè a quello che la farebbe propria dell'altro coniuge; la parte è propria allora non secondo il nostro art. 1408 (T) ma secondo l'art. 1407 (T) ovvero secondo gli articoli 1434, 1435 (TT) ovvero secondo qualche altra disposizione sopra spiegata.

(1) Ma il retratto d'indivisione non si potrà eser-

al marito *tutto intero* un immobile indiviso, di cui uno dei comproprietari è la moglie, si applicherà la nostra seconda regola; nè questo caso si potrà confonder coll'altro previsto dalla prima regola, poichè questa ha luogo quando si acquista una *porzione* d'un immobile, di cui altra porzione appartiene sempre ad un coniuge. Ma non vi sarebbe più luogo a distinguere, e varrebbero ambe le regole, ove si voglia supporre che il marito acquisti da un coerede della moglie la metà indivisa dello immobile, di cui l'altra metà spetta a questa. Infatti, da un canto, viene ad acquistarsi una porzione dello immobile su cui un coniuge avea un dritto indiviso, come si vuole dalla prima regola; dall'altro, come vuolsi dalla seconda, è il marito che acquista una porzione dell'immobile indiviso, che in parte spettava alla moglie. Che farsi in tal caso? . . . Non vi ha dubbio che si debba applicar la seconda; poichè la prima è stabilita in modo *generale* per tutti i casi in cui si acquista una porzione dello immobile, di cui spetta un'altra parte ad uno dei coniugi; e quella è formata *specialmente* per il caso in cui *il marito* acquista una porzione dello immobile di cui l'altra porzione spettava alla moglie. Però *specialia generalibus derogant*; il nostro primo paragrafo deve quindi completarsi così: « tranne quando spetta « alla moglie una delle parti indivise, e « l'altra si acquista dal marito; il qual « caso è stabilito nel secondo paragrafo. »

La legge, in questo caso particolare, non segue nè il principio generale dell'articolo 1401-3° (T) secondo cui gli acquisti fatti durante il matrimonio procurano beni acquistati, nè la disposizione eccezionale del secondo paragrafo, secondo cui il coniuge già proprietario d'una porzione, terrà per se l'acquisto; essa si appiglia ad una terza idea; e lascia nella scelta della moglie il rendere l'oggetto un bene proprio o un acquisto per la comunione, non vuole che il marito possa, a suo capriccio, dare alla moglie in proprietà una porzione dello immobile, pagata forse troppo cara, e che può non convenirle; ma non vuole nemmeno che si tolga alla moglie di appropriarsi questa medesima porzione se lo giudichi convenevole. Per applicarsi questa regola è d'uopo, dice il testo, che lo acquisto si facesse dal marito *solo e in suo nome proprio*; ma non devonsi prendere alla lettera queste parole, e spiegarle semplicemente, dal marito che *non agisce per rappresentare o assistere la moglie*.

Ponghiamo il caso che il marito nello atto di acquisto dichiari non agire per lui personalmente, ma per la comunione; dovrassi allor dire, per appigliarsi alla parola dell'articolo, che non si applicherà più la regola? . . . Eppure è questo il vero caso in cui si deve applicare; nè lo si potrebbe più se il marito agisce per suo conto personale, acquistando l'immobile come proprio nei particolari casi in cui lo abilita la legge, cioè accettandolo come donatario, o prendendolo in permuta, o per reimpiego d'un immobile suo proprio. Ma qui la persona del marito non è risguardata in opposizione alla comunione; anzi come rappresentante di essa e in opposizione alla moglie, alla volontà speciale di costei.

E quand'anco il marito dichiari di acquistare l'immobile per esser proprio della moglie, la sua dichiarazione, se non si fosse data in forza di una procura della moglie al marito, non avrà vaglia, nè osterà per niente all'applicazione della nostra disposizione; non essendo altro allora che la manifestazione della volontà del marito, e secondo la nostra disposizione la moglie non può acquistare senza la sua volontà un immobile che può non convenirle. — Se il marito agisse col concorso della moglie, e dichiarasse avere acquistare per la comunione, la moglie non potrebbe esser privata della scelta per il suo concorso, il quale mostrerebbe la sogge-

citare dalla moglie che è in comunione; la quale avrà semplicemente un dritto di uso sopra gl'immobili acquistati dal marito, specialmente sopra un bosco, Montpellier, 9 genn. 1854 (J. P., 1856, t. I, pagina 70).

zione di lei al marito, anzichè la sua speciale volontà.

Da ultimo sarà pur così se la moglie agisca sola, ma per conto del marito, in esecuzione di un mandato di lui, perchè allora il marito agisce per organo della moglie.—In breve quando l'acquisto, in qualunque modo fatto, è l'opera non della moglie, ma del marito (però non gliene fa un bene proprio), la moglie può scegliere. Ma se ha acquistato per se la moglie, agendo da se, assistita dal marito, o agendo questi come suo mandatario, si esce dal nostro secondo paragrafo, e si rientra nella regola del precedente, e quindi la porzione acquistata diventa propria della moglie immediatamente, non potendo ella farne un bene della comunione.

IV.—In qual tempo la moglie può fare la scelta voluta dal nostro articolo?...Una decisione ha giudicato che la si può fare o allo scioglimento o durante la comunione; Troplong (I-679) pensa pure in questo modo (1). Ma una decisione posteriore della Corte Suprema (2) ha rigettato quell'idea, perchè urta al testo stesso dell'articolo il quale permette solo la scelta *al tempo dello scioglimento*. — S'invoca indarno la disposizione dell'articolo 1435 (T) secondo il quale la moglie può accettar sempre durante il matrimonio: i due articoli sono diversi, le due disposizioni sono tra loro intieramente opposte; nell'articolo 1435 (T), l'accettazione si può fare durante la comunione, sciolta la quale non lo si può più, mentre che nell'art. 1408 (T) può esercitarsi il dritto allo scioglimento di essa. Bisogna infatti, nell'art. 1435 (T), che la moglie possa accettare in qualunque tempo della comunione, dappoichè se il marito, pria della sua accettazione alienasse o gravasse l'immobile, ella la perderebbe, o dovrebbe prenderlo nello stato in cui trovasi, nel mentre qui l'alienazione o le concessioni di dritti reali sarebbero non fatte, ove la moglie dichiarasse di prendere l'immobile in proprio (3). Siccome la scelta della moglie, a differenza della accettazione in caso di reimpiego, retroagisce al giorno dello acquisto, così non doveva autorizzarsi durante il matrimonio, ed era ben semplice stabilirne l'esercizio al punto in cui la moglie riacquista la sua indipendenza e può agire senza l'ascendente del marito. Allo scioglimento della comunione adunque la moglie può esercitare la scelta, ma quando non lo potrà più? ... Toullier (XII-168) dice che la moglie può esercitarla per trent'anni quando rinunzia alla comunione; ma non bisogna attenersi a tal'idea. Se dal loro lato gli eredi del marito, e così la moglie restano nella inazione senza chieder nè questa nè quelli che si facciano liquidi i loro dritti, questi sussisteranno, qui come sempre, per tutto il tempo richiesto a prescrivere; ma se gli eredi del marito richiedono che la moglie si dichiari, essa deve farlo tosto, senza pretendere nè pure il termine di un anno (e meno di venti o trent'anni) per decidersi. La legge non dice che la moglie potrà scegliere per un certo tempo *dopo lo scioglimento della comunione*, bensì che dovrà farlo al momento dello scioglimento (4).

V.—Allorchè la moglie vuole appropriarsi l'oggetto acquistato dal marito (ciò chiamasi fare il ***retratto d'indivisione***, poichè infatti essa ***ritira*** e prende per se in conseguenza della sua porzione ***indivisa***, quel che il marito avea acquistato per l'immobile) diventa debitrice del danaro pagato dalla comunione per l'acquisto. Non bisogna perciò considerare il valore dell'oggetto nel giorno del retratto, ma quel che è costato tanto per se che per gli accessori, come spese di atti e grandi riparazioni (5). Se la moglie lascia la compra

(1) Lione, 20 luglio 1842 (Dev., 44, 2, 319).

(2) Rig., 25 luglio 1844 (Dev., 44, 1, 614).

(3) Rig. 30 luglio 1816, Rig. 13 luglio 1826, Riom, 20 maggio 1839; Riom. 20 maggio 1843; J. P., 1845; t. I, p. 39; 1845 t. 11, p. 35; Douai, 22 ag. 1851; Grenoble, 18 agosto 1854 (Dall., 52, 2, 290, 56, 2, 61). *Vedi* intanto *Ric.* 25 luglio 1844; Nancy, 9 giugno 1854, (Dall. 44, 1, 428. 53, 2, 251, Dev. 54, 2, 785).

(4) Delvincourt (t. III). Duranton (XIV, 210). Zachariae (III, p. 428) Paolo Pont e Rodière (I-495), Troplong (I-688, 681).

(5) Le piccole riparazioni restano a peso della comunione, essendo questa usufruttuaria degli im-

al marito, l'oggetto rimane acquisto di comunione, la quale dovrà pagare alla moglie il compenso dovutole se si è acquistata la porzione di essa.

Come si vede dal testo, la nostra regola si applica, sia che l'acquisto del marito abbia avuto per oggetto l'intero immobile, compresavi la porzione della moglie, sia che versi sopra una porzione, rimanendo l'altra alla moglie; è errore il credere, come fa Toullier, che allorquando la moglie ha serbato la sua porzione, non ha il dritto della scelta, ed è obbligata di lasciare acquisto di comunione, l'altra parte acquistata dal marito.—Par che dica Toullier (XII-167, *in fine*) che se il marito *ha soltanto* acquistata la porzione del *comproprietario* della moglie, potrà questa serbare la parte sua, e rinunziando la comunione dovrà dividere l'immobile, onde prendere la sua porzione, lasciando l'altra agli eredi del marito. Sarebbe questo un grossolano errore, essendovi due contraddizioni alla legge. Da un lato la moglie, nel caso nostro, è padrona di fare della parte acquistata dal marito un bene di comunione o proprio, essendole tal dritto *accordato* per ogni acquisto fatto dal marito *di porzione* o dello intero immobile indiviso. Dall'altro lato, quand'anche il secondo nostro paragrafo non si applicasse a questo caso, e la natura della porzione acquistata fosse direttamente stabilita dalla legge, non dipendendo dalla scelta della moglie, essa porzione, non sarebbe un acquisto, come lo crede Toullier, ma a forza un bene proprio, e la moglie sarebbe astretta di prendere l'intero immobile. Se tal caso si togliesse dalla nostra seconda regola, rientrerebbe nella prima, la quale dichiara, che lo acquisto d'una porzione dell'immobile di cui l'uno dei coniugi è comproprietario indiviso rende tal porzione propria di costui.

Ma per evitare il doppio errore non bisognerebbe cadere nel contrario di Duranton, il quale insegna (XIV, 206 *in fine*) che in questa stessa ipotesi ha la moglie la scelta o di prendere per propria la porzione acquistata dal marito, o di volere che la comunione *le prenda la parte sua* pagando a lei, in proporzione del prezzo del rimanente. Coteste due idee estreme sono egualmente erronee. Dall'una parte, e contro all'idea di Toullier, la scelta può esercitarsi sì pel caso d'acquisto di una porzione, come per lo acquisto del totale (1). D'altra parte, e contro all'idea di Duranton, la scelta è solo possibile per ciò che il marito ha acquistato, in modo che, quando egli ha acquistato una porzione, soltanto questa può, a scelta della moglie, diventarle propria (con la porzione ch'essa ha) o formare uno acquisto (restandole sempre propria l'altra).

VI. Se la moglie può, a suo libito, dichiarare che prende per proprio l'oggetto acquistato in tale ipotesi, o che lo lascia alla comunione, può soltanto rinunziare al suo dritto di scelta. Rinunziandosi al beneficio della seconda nostra disposizione, le cose saran regolate come se l'articolo non consistesse che nel suo primo paragrafo. L'oggetto acquistato sarà proprio, secondo la prima regola del nostro articolo, se l'acquisto ha riguardato la porzione non appartenente alla moglie restando questa proprietaria della sua; se invece tutto l'immobile è stato acquistato dal marito, è fuor di luogo il caso di questa regola, e si avrà un acquisto, secondo il principio generale dello art. 1401-3° (T). Queste due idee, di cui Troplong (I-648 e 680) approva e sviluppa la prima, senza dichiararsi sulla seconda, che par confonda con quella, ci sembran semplici l'una e l'altra.

Infine è da esaminare se il dritto che

mobili (art. 605 (530)). *Vedi* intanto Cass., 14 novembre 1834. (J. P.; 1836, t. I, p. 61).

(1) È nel senso da noi indicato e confutato che molti giureconsulti han compreso il passo di Toullier: ma può darsi non esser stata questa l'idea del professore di Rennes. È naturale il credere che con le parole *se la moglie rinunziasse* abbia inteso Toullier, non *se essa rinunziasse alla comunione*, ma *se rinunziasse a prender come propria la porzione acquistata dal marito*. Compresa in tal modo la frase di Toullier, sarebbe esattissima, poichè ne porgerebbe l'esercizio del dritto della moglie e darebbe alla porzione acquistata dal marito, l'indole di acquisto in forza di quella scelta.

il nostro articolo conferisce alla moglie, possa esercitarsi dai suoi creditori in mancanza di lei, secondo l'articolo 1166 (1119) o debba considerarsi come esclusivamente legato alla persona della moglie. La giurisprudenza adotta questa ultima idea, ma il più degli scrittori, e a buon dritto secondo noi, la rigettano (1). Se il privilegio di cui trattasi fosse soltanto nel dritto di far propria una cosa, che secondo i principî sarebbe acquisto, comprenderemmo il sistema della giurisprudenza: direbbesi esser meno una quistione di denaro, che una quistione di affetto personale, e che solo la moglie o i suoi eredi possono invocare tal beneficio. Ben è altrimenti. Il privilegio consiste sì a rendere acquisto un bene che dovrebbe esser proprio e sì a render proprio quello che dovrebbe essere acquisto. Non è dunque stabilito per la morale soddisfazione della moglie, bensì per proteggere i suoi interessi pecuniarî, e affin di garantirla del danno pecuniario che potrebbe cagionarle l'amministrazione del marito. Or poichè il privilegio consiste nel dritto di scegliere tra i due beni quel che più vale, e che costituisce in tal modo una mera quistione pecuniaria, può dunque esercitarsi dai creditori.

VII. Abbiamo parlato delle sette cause indicate dalla legge, le quali posson dare ai coniugi immobili proprî: 1°. La proprietà o possesso anteriore al matrimonio; 2°. La successione; 3° La donazione personalmente fatta ad un conjuge; 4° La cessione di ascendente di cui parla l'articolo 1406 (T); 5° La permuta di una cosa propria; 6° Il reimpiego di questa; e 7° o L'acquisto di tutto, o d'una parte dell' immobile indiviso, di cui un coniuge sia comproprietario. Ma ve ne ha degli altri in cui l'oggetto acquistato diventa parte talmente integrante ed inseparabile del bene proprio del coniuge, da partecipare alla sua natura per la forza stessa delle cose, e trovasi propria come e insieme con esso, non essendo a ciò necessaria una speciale disposizione della legge.

Parliamo noi dei casi di accessione. Sia che la comunione paghi maggiore o minor denaro per fabbriche o piantaggioni sul terreno di un coniuge; o perchè si moltiplichi di colombi, di conigli, o di pesci, il colombaio, la conigliera o lo stagno di lui, avrà la comunione soltanto dritto a compenso, e non potrà pretendersi proprietario di tali cose diventate proprie del coniuge con l'immobile di cui sono l'accessorio legalmente inseparabile. E la nostra idea non si applicherebbe solo ai casi indicati dal Codice nel trattare *dell'Accessione alle cose immobiliari* (articolo 552-564 (477-489), ma anche a quelli di cui, non parlandone la legge, l'oggetto acquistato è così dipendente dal proprio che non può esistere che con lui e per lui. In tal modo si acquisti la comunione del muro che divide il fondo del coniuge, o un dritto di passaggio di veduta, o altro per il fondo sul fondo vicino; tali acquisti, benchè pagati dalla comunione, sono casi di accessione, e di forzate appropriazioni, poichè la comunione del muro o qualunque altra servitù attiva può solo esistere per l' immobile ed appartenere al proprietario di esso.

Dicono che sarebbe pur così di un tratto di terra che un coniuge unirebbe al proprio terreno, formando del tutto un solo recinto; traendone argomento dall'art. 1019 (973), il quale dichiara che farà parte del legato la porzione di terreno con cui il testatore avesse ampliato il circuito del recinto già legato.

Non è esatta tal dottrina, nè la analogia invocata esiste.

Essendo il testatore padrone di legare quel che vuole, la quistione è d' intenzione, e la disposizione abbraccia tutto quello che l'autore ha inteso racchiudervi. Al contrario i coniugi non son padroni

(1) Per la personalità del dritto. Cass., 14 luglio 1834; Riom, 11 febb. 1836. Rig., 8 marzo 1837. (Dev., 34, 1, 533; 36, 2, 186; 37 1, 331); ed anche Glandaz (n. 129); Odier (I-143) e Troplong (I-679), In senso contrario Duranton (XIV-203), Zachariae (II p. 039) Dalloz (1834, I, 282,) Paolo Pont e Rodière (I 494) Duvergier (sopra Toullier, n. 169).

di crearsi beni propri a piacer loro, e la intenzione avuta, manifestata dalle circostanze, di rendere tal cosa propria a tal coniuge, è del tutto inefficace, se non trovasi o in una delle ipotesi previste dalla legge, per cui si acquistano beni propri, o che sieno casi d'accessione, o in un caso in cui la separazione dell'oggetto unito al proprio sarebbe impossibile, in modo che l'accessione e poi l'appropriazione si effettuirebbero forzatamente, non ostante il silenzio della legge. Or la specie di cui ci occupiamo, da una parte non è prevista da alcun testo, e si può dall'altra dividere dal rimanente del ricinto la parte aggiuntavi (1).

È pur così nel caso in cui un terzo, che gode un dritto d'usufrutto sopra l'immobile d'un coniuge, lo vende alla comunione; allora pure l'acquisto apparterrà alla comunione, nè si potrà ritenere in proprio.

In vero questo punto è molto più delicato del primo, e noi, è già gran tempo, pensammo doversi risolvere altrimenti. Ecco le principali idee esposte da noi sul proposito in una memoria scritta in sostegno di *un ricorso* (2): « La qualità di proprio, per l'usufrutto acquistato in simil caso, risulta sì dalla natura stessa delle cose e dal pensiero intimo della legge, che dalla dottrina degli antichi scrittori. L'usufrutto che esiste sopra un immobile del coniuge è un peso che lo rende senza alcun valore e come inesistente per la comunione (poichè questa propriamente ha il solo usufrutto sugli immobili propri); or non è egli semplicissimo e conforme in tutto alla verità delle cose, che i coniugi, i quali comprano questo usufrutto coi danari della comunione, si stimino avere sgravato lo immobile del peso che lo rendeva inutile alla comunione, e ristabilitone nella famiglia la piena e libera proprietà, anzichè tolto semplicemente la servitù dell'usufrutto per farla durar sempre?...

Dicesi che sarà così in quanto che i coniugi abbian voluto estinguere l'usufrutto, farlo cessare, non già quando abbian voluto acquistarlo e farlo passare dal terzo venditore alla comunione, distinguendolo sempre dalla proprietà. Ma non per il valore dei coniugi, ma per legge che i beni sono propri, o acquistati per la comunione; onde bisogna semplicemente indagare qual sia la volontà della legge, e il suo intimo pensiero. Or l'idea che la natura stessa delle circostanze basterebbe a manifestare non sorge chiaramente ed *a fortiori* dall'articolo 1408 (T)? Allorchè una indivisa porzione dell'immobile, di cui il coniuge possiede un'altra parte, è comprata, anche con la formale dichiarazione, di *essere della comunione*, la porzione, non ostante la volontà dei coniugi, non sarà di quella bensì del coniuge comproprietario. Imperocchè la legge suppone e presta, ove occorra, o impone ai coniugi, idee di sana amministrazione, supponendo nel loro acquisto la idea (che forse han male espressa, ma che doveano avere, e se ne ebbero una diversa glie la impone) di uscire dalla indivisione; poichè se una porzione dell'immobile ha fatto acquistar l'altra, è logico che la seconda si mesca alla prima. E l'usufrutto, supponendo che di esso si tratti, si è acquistato anche perchè si avea la nuda proprietà; e non è qui ancor *più* naturale, *più* conforme alle regole di sana amministrazione l'imporre ai coniugi l'idea di sgravare l'immobile? *Più* diciam noi; poichè da una parte con una divisione le due indivise porzioni diverrebbero due immobili indipendenti, che possano starsi per sempre separati, nel mentre qui l'oggetto acquistato è smembramento ed accessorio dell'altro, benchè verrà giorno che si riunirà al primo; d'altro lato la comunione non ha ragione di voler la separazione dei due oggetti, dappoichè non ostante che lo usufrutto si attribuisca in proprio al coniuge, la comunione ne avrà sempre il go-

(1) *Sic* Paolo Pont e Rodière (tom. I, n 457). *Vedi* pure Toullier (tom. V. p. 54).

(2) Questa memoria è quasi intiera riprodotta nella *Raccolta generale delle leggi e decisioni*, di Devilleneuve e Carette, tom. del 1845, 1ª parte, p. 721-725.

dimento come se acquistato. Come il sistema d'attrazione, di riunione di due oggetti consacrato dalla legge nel primo caso, non potrà applicarsi nel secondo, in cui la natura delle cose lo richiedono altamente? E quando vedonsi i nostri antichi scrittori, con a capo Dumoulin (1), stabilire tal dottrina come incontrastabile, non è d'uopo riconoscere che il legislatore non l'ha espressa, perchè creduta naturale? »

Sono assai gravi tali considerazioni, e con profonda convinzione le sviluppammo innanzi la Corte suprema nel 1845: pure oggi ci fan quasi esitare; nel mentre pubblicavamo la terza nostra edizione, esse avevano il consentimento di Troplong (I-505 II, 1176); e gli avversi a tal dottrina non han data soddisfacente risposta. Pure dopo un nuovo e maturo esame pensiamo che il contrario parere debba esser preferito; Infatti il dichiarar proprio un immobile acquistato durante il matrimonio è al postutto una eccezione al principio generale dello art. 1401-3° (T): come tale può essere ammessa per effetto di una formale disposizione, o d'una causa che seco forzosamente la tragga. Or da una parte l'attribuzione della qualità di proprio all'usufrutto comprato durante il matrimonio, non è indicato da alcuno articolo della legge, e su ciò non ha detto il Codice in nessun luogo quel che dice nell'articolo 1408 (T) per l'indivisione; d'altra parte non vi è in questo un caso d'appropriazione forzata (come l'acquisto di una servitù o di una comunione di muro), l'usufrutto e la nuda proprietà potendo esistere separatamente l'una dall'altra. Sembra in sulle prime che l'eccezione per l'indivisione dovrebbe essere anche per l'usufrutto. Pure i motivi non sono gli stessi, e facilmente il legislatore avrà giudicato vano di aggiungere la seconda eccezione alla prima, per la ragione che non ostante l'attribuzione dell'usufrutto alla comunione, il coniuge nudo proprietario è sempre certo di ricuperare il suo usufrutto colla morte del venditore usufruttuario, e che restando alla comunione l'acquisto, ei non impedirebbe nè ritarderebbe d'un istante l'affrancamento del suo fondo, mentre essendo l'immobile indiviso, l'acquistata porzione non potrebbe attribuirsi alla comunione senza che la perda il coniuge proprietario dell'altra. Quando anche non si vedesse il perchè il legislatore non abbia stabilito questa seconda eccezione, il non esser nella legge opponesi alla sua applicazione; e come non potrebbe dichiararsi propria la porzione indivisa acquistata per la comunione, se l'art. 1407 (T) non fosse, così non può darsi tal qualità all'usufrutto in tal modo acquistato, senza che un testo lo permetta, e quando non vi è appropriazione forzata. E tanto meno si può fare prendendo il silenzio del legislatore come il risultato di un'idea evidente e incontrastabile: quanto una tale idea era altre volte contrastata: la dottrina di Ferrieres (sopra Parigi, art. 229 (217), § 4, n. 58) era contraria a quella di Pothier.

Se bisogna adunque lasciare l'ordinario suo effetto all'atto in cui i coniugi, dichiarano di estinguere l'usufrutto che grava la cosa propria dell'uno di essi (in modo che vi sarebbe allora affrancamento immediato dell'immobile), sarà parimente necessario lasciare all'atto, in cui l'usufrutto è comprato dalla comunione, l'effetto che produrrebbe, se la compra fosse fatta da un terzo; così l'usufrutto, continuando a formare un immobile incorporale distinto dalla proprietà, apparterrà alla comunione come a qualunque altro compratore e formerà un acquisto. Così l'ha giudicato la camera civile della Corte di cassazione (2).

Se l'atto era steso in modo da lasciar dubbio se i coniugi abbiano creduto estinguere l'usufrutto o continuarlo per la comunione, cioè ricomprarlo o comprarlo, sarebbe un punto di fatto, una quistione d'interpetrazione che i magistrati deciderebbero secondo le circostanze.

(1) Dumoulin (art. 119) 125 (dell'antica Consuetudine di Parigi); Lebrun (lib. III, cap. 2, sez. 1, Pothier (*della Com.*, n. 639).

(2) Rig. sopra una decisione conforme di Rouen 16 luglio 1845 (Dev., 45, 1, 721); Proudhon (*Usufr.*, n. 2681); Bugnet (sopra Pothier, *loc. cit.*); Rodière e Paolo Pont (I-412).

De' beni propri mobiliari.

VIII.—Si è visto (art. 1406 (T), n. I) che ad onta i testi del Codice non parlino quasi mai dei beni proprî mobiliari, pure ne esistono (1), e che intorno ad essi il Codice è troppo laconico, perchè spesso si hanno sotto tale rapporto non mobili che continuano ad appartenere tuttavia al coniuge per esser poi ripresi da lui in natura quando vien sciolta la comunione, ma solo crediti del coniuge sulla comunione per valore di essi mobili. Intanto vi sono anche dei beni mobili che son proprî del tutto; bisogna dunque distinguere due specie di beni propri: *i proprî perfetti* che rimangono proprietà del coniuge da essere ritolti in natura come i proprî immobili; e i *beni proprî imperfetti* che entrano nella comunione lasciando al coniuge un credito uguale al valore dell'oggetto.

Ma quali mobili costituiscono i beni proprî perfetti, e quali gl'imperfetti? Intorno a ciò non si è d'accordo. Taluni scrittori dicono non esistere mobili rigorosamente proprî, e che tutti i beni mobili esclusi *dalla* comunione, non possono esserlo che *imperfettamente*, cioè appartenendo sempre alla comunione, salvo il credito del coniuge per il loro valore (2). Altri invece riconoscono come beni proprî perfetti tutti i mobili esclusi dalla comunione, eccettuandone quelli che si consumano col primo uso (3).

E finalmente il maggior numero estendono alquanto tale eccezione e restringono la classe dei beni proprî mobili perfetti togliendone quelli rilasciati sulla stima (4).

Niun sistema dei tre sembraci esatto; e se l'ultimo si avvicina al vero, pure non lo attinge.

Checchè dicano Pothier, Delvincourt e Merlin, esistono certo beni mobili rigorosamente proprî. Nessuno a mo' di esempio negherebbe che sia tale una collezione di ritratti di famiglia, legati da un tale alla sua parente maritata in comunione, a condizione che non entrerebbero in questa, o che la moglie a cui appartenevano pria del matrimonio avesse *realizzato*, cioè stipulati proprî col suo contratto: la condizione del testatore o la stipulazione della moglie ha per fine di dare in proprio a costei i quadri e non il valore di essi: vi son dunque mobili rigorosamente proprî, ed il primo dei tre sistemi suddetti non è da accettarsi; pure ve ne son meno di quanto ne suppongono le due altre dottrine, e oltre le cose che consumansi col primo uso, bisogna porre nei beni proprî semplicemente imperfetti non solo i rilasciati sulla stima, ma più generalmente tutti quelli rilasciati con circostanze indicanti, che si è voluto lasciarne la proprietà alla comunione, salvo a ricompensare il coniuge. Quanto al conoscere da quali circostanze risulterà la volontà di cui trattasi, è questa una quistione d'intenzione da decidersi in fatto per ogni specie.

VIII bis.— I beni proprî mobili perfetti o imperfetti possono prevenire da tre principali sorgenti che sono: 1° I prodotti non frutti degl'immobili proprî; 2° le cose mobiliari sostituite per qualunque causa ad un bene proprio mobile o immobile; 3° i beni mobili donati ad un coniuge a condizione di restar proprî al donatario.

1. Si è visto nell'art. 1401, n. VI (T) che la comunione ha solo dritto a quei prodotti degli immobili proprî costituenti frutti, e che gli altri prodotti di tali immobili son proprî al coniuge in modo che la comunione li prende diventando debitrice del loro valore.

2. Allorquando il bene proprio, mobile o immobile, d'un coniuge è venduto, il prezzo ne divien proprio in sua vece ed entra

(1) L'art. 1595-2° (1440) parla d'immobili e di *danaro* proprio della moglie.

(2) Pothier (n. 325) Delvincourt (t. III). Merlin (Rep., alla parola *Realizzi*, 55, 1, n. 4).

(3) Toullier (XIII-326).

(4) Duranton (XIV, 318), Zachariae (III, p. 516, 517), Odier (II-728) Paolo Pont e Rodière (II, numeri 50-53).

nella cassa comune, dando al coniuge un credito di ugual somma sulla comunione.

Lo stesso è ove si permuti un bene proprio con un immobile di prezzo inferiore al proprio, del soprappiù pagato dal compermutante. Ma sarebbe pur il medesimo del dippiù pagato al coniuge che nella divisione d'un'eredità meramente immobiliare ne prende una porzione inferiore a quella del suo coerede? Par che Bourjon risponda del no, e creda che tal'eccedenza appartenga alla comunione (1); ma tutti gli scrittori, e più Pothier (2), respingono a ragione tal dottrina, poichè ritenendosi la successione per immobiliare del tutto, il dippiù deve togliersi non dalla successione, come ben lo diceva Pothier, ma dal particolar denaro del coerede; in modo che il sopravvanzo diventa pel coniuge il pagamento del dritto ch' egli avea su d' un bene immobile, proprio, e gli è quindi tale. Sarebbe ben altrimenti se nella successione contenendosi immobili e mobili, la divisione desse al coniuge mobili in parte od anche per tutta la sua parte; perchè si stimerebbe allora aver succeduto a tai mobili *ab initio*, avervi avuto sempre dritto, e così apparterrebbero alla comunione. Qui invece il valore mobiliare si sostituisce al dritto immobiliare in pria esistito, e che poi diventa proprio.

Lo stesso è, fattasi una vendita a vil prezzo dal coniuge che fa poi dichiarare la rescissione (art. 1674 (1520)), del supplemento del prezzo che paga il compratore, siccome gliel permette l' art. 1681 (1527), onde schivare l'evizione. Infatti l'azione tende alla rescissione della vendita, la restituzione dell'immobile è l'oggetto unico del dritto del coniuge, ed il pagare il supplimento è per lo acquirente in *facultate solutionis*. L' azione ed il credito del coniuge son dunque immobiliari, ed il danaro dato dall'acquirente derivando dalla sostituzione dello oggetto immobile dovuto, resta proprio al coniuge. È ciò riconosciuto dagli antichi e moderni scrittori (3). Sarebbe lo stesso in tutti i crediti facoltativi il cui oggetto è immobile, e che per la facoltà lasciata al debitore sarebbero pagati con valori mobili; ma saria altrimenti se il credito fosse alternativo cioè presentasse due oggetti; in tal caso se mobile l'uno dei due, e fosse rilasciato, apparterrebbe alla comunione.

3. Una terza ed ultima sorgente di mobili propri, è la donazione fra vivi o per testamento fatta da un coniuge colla condizione espressa di dover esser propri i mobili donati (art. 1401-1° (T)). Non è dubbio che tal condizione debba essere espressa poichè così vuole il testo della legge: i mobili donati saranno comuni, essa dice, *se il donante non ha detto il contrario*; è vana quindi la contraddizione che scorgono Rodière e Paolo Pont (I-416) i quali non commettono un errore di dritto, ma usano un linguaggio inesatto. Essi dicono non potersi richiedere una *manifestazione espressa*, bastando *la dichiarazione* che i beni si danno al coniuge *col l'obbligo* di essergli propri. Ma la dichiarazione che i beni si dànno al coniuge col l'obbligazione di essergli propri, vale appunto l'ESPRIMERE la condizione di cui è discorso; quando essi dicono non potersi richiedere una *manifestazione espressa* accennano certamente *alla espressione in termini sagramentali*. La legge non impone alcuna formola per esprimere l'idea; ma questa dev'essere espressa, essendo inefficace una tacita volontà che non uscirebbe dai termini dell'atto, ma dalle circostanze di fatto.

Per altro per la validità di tal condizione, la donazione non dovrebbe esser fatta all'erede del legittimario del donante, nè i mobili donati far parte della riserva, perchè allora il coniuge del donatario potrebbe fare annullare la condizione e render co-

(1) *Dritto com. della Francia*, tit. 10, 2ª parte, cap. 3.

(2) Renusson (1ª parte, cap. 3). Lebrun (l. 1, capitolo 5, sez. 1); Pothier (n. 100).

(3) Dumoulin (sopra Parigi, § 33, gl. 3, 44. Pothier (V. n. 349; *Comun.*, n. 598) Toullier (XII, 186) Duranton (XIV, 114) Rodière e Paolo Pont (I-433) *Vedi* Nancy (20 agosto 27) Besanzone, 20 marzo 30 (Dev., 28, 2, 37; 50, 2, 445).

muni i beni. Mal si avvisano parecchi scrittori i quali pensano (1) che essendo stabilita per l'erede la riserva, il coniuge donatario potrebbe solo domandare in tal caso la riduzione, anzi non la farebbe tornando a suo prò l'adempiere la condizione. Idea inesatta; il dritto di riduzione non è esclusivamente attaccato alla persona dell'erede, ma è un dritto meramente pecuniario che forma col resto del patrimonio la garenzia dei creditori dell'erede; e l'art. 921 (838) in cui si applicano i principî degli articoli 2092, 2097 e 1176 (1962, 1967 e 1129) dichiara che non solo l'erede riserbatario ma anche i suoi aventi-causa potrebbero domandare la riduzione. Il consorte del coniuge donatario è avente-causa di costui in forza delle convenzioni matrimoniali. Sotto l'art. 387 (301), num. II, confutammo con maggiore ampiezza la contraria dottrina, fermando che l'autore usufruttuario legale dei beni del figlio, può fare annullare la condizione di non dover lui godere dei beni donati al figlio se fan parte della legittima di lui. — Si suppone che il donatario accetti la successione del donante poichè rinunziandovi non sarebbe più erede e quindi non avrebbe più dritto a riserva; cotalchè egli, non che i suoi aventi-causa o non prenderebbero nulla, o tal qual'essa è la liberalità. Ma si aggiunga che il coniuge del donatario il quale rinunzia, potrebbe fare annullare la rinunzia in forza dell'art. 788 (705) ove provi essere stata fatta in danno dei dritti della comunione.

§ 2. — *Del passivo della comunione, e delle azioni che ne derivano contro di essa.*

SOMMARIO

I. Parallello tra il passivo e l'attivo della comunione. Il passivo s' intende in modo più o meno largo, secondochè vien considerato assolutamente o relativamente ai creditori.

II. Varî significati delle parole debiti della comunione *e* debiti personali. *Divisione della materia.*

I. — Nel comporre il passivo della comunione, il sistema è uguale all' usato nell'attivo. Siccome la comunione prende tutti i beni mobiliari che i coniugi posseggono nel dì del matrimonio, ma non già i loro immobili, così toglie sopra di se tutti i debiti mobiliari che esistono a quel tempo, tranne quelli relativi agl' immobili (art. 1409-1° (T); — durante il matrimonio ella che continua a raccogliere i beni mobili pervenuti ai coniugi per successione o donazione, paga anche i debiti delle successioni o donazioni secondo il loro valore mobiliare (art. 1411, 1418 (TT); siccome ella assorbe nella sua durata tutto il prodotto del lavoro dei coniugi, non che le loro rendite, ella deve pagare le spese fatte per mantenere i coniugi e i figli, per educar questi, per tutti i bisogni di casa, e tutti gli altri debiti contratti durante il matrimonio per affari della comunione (art. 1409-5°, 2° (T)); — da ultimo la comunione che ha l'usufrutto di tutti i beni proprî deve sostenerne i pesi; e siccome per il dritto di usufrutto tutte le rendite di ogni coniuge fan parte del fondo comune, così vanno a carico di questo gl'interessi o rendite passive di debiti di cui deve il coniuge pagare il capitale (art. 1409-3°, 4° (T)).

Questi carichi sono i soli che costituiscono in vero il passivo della comunione. Ma siccome questa, salvo il compenso ai coniugi, prende i beni mobiliari proprî di questi, così è anche obbligata pagare, salvo a compensarnela ogni coniuge, i debiti mobiliari del coniuge relativi ai suoi immobili e che devon perciò restare a suo

(1) Toullier (XII-114) Duranton (XIV-135), Bugnet (sopra Pothier, t. VII, p. 125). Zachariae (III, p. 416).

peso (art. 1409-1° (T). E quando durante il matrimonio si sono contratti debiti non dal marito, capo della comunione, ma dalla moglie col consenso di quello, o pure dal marito pel suo particolare interesse, tai debiti benchè restino a peso del coniuge che li ha contratto, pure saran pagati dalla comunione, ed il coniuge dovrà ricompensarnela (art. 1409-2° e 1419 (TT)). Col nome di passivo della comunione son compresi dalla legge i debiti di tal seconda specie ed i precedenti siccome vedesi nell'artic. 1409 (T); ma ben differiscono tra loro queste due sorta di debiti, sono gli uni a peso della comunione, ma ne anticipa il pagamento per gli altri.

II. — E se la comunione paga, salvo compenso, debiti personali al coniuge, anche costui, salvo a compensarnelo la comunione, potrà pagar debiti di questa; nel parlare di debiti personali di un coniuge, e di debiti della comunione è da distinguere se il senso dell'espressione riguardi il dritto di agire dei creditori ovvero il fondo stesso del dritto, e chi debba sostenere il debito. Pel creditore un debito è comune o personale, o comune e personale in un tempo, secondo che il pagamento può esserne fatto o solo sui beni comuni o su quelli proprî di un coniuge, o in uno su di entrambi; ma tra coniugi il debito che non potrebbe essere personale e comune nel tempo stesso, è comune o personale secondo che resti a peso diffinitivamente della comunione o del coniuge su quei beni che d'altronde il creditore ha il dritto di perseguire.

Spieghiamo ora i dodici articoli del nostro paragrafo, seguendo per quanto si può il testo della legge. I varî oggetti da studiare son tutti indicati sommariamente dall'art. 1409 (T); ma siccome il resto del paragrafo sviluppa più o meno lungamente molti di tali oggetti, nel mentre si tace degli altri, spiegheremo noi in questo articolo 1409 (T) i punti di cui non parlano i seguenti articoli. Ci occuperemo adunque successivamente: 1° dei debiti che hanno i coniugi al tempo del matrimonio (1409, 1410 (TT)); 2° degl'interessi e dei debiti personali, delle riparazioni che gravano sull'usufrutto e dei varî pesi del matrimonio (*ib.*); 3° dei debiti che gravano sulle successioni e donazioni pervenute ai coniugi dopo il matrimonio (1411-1418 (TT)); 4° in ultimo i debiti contratti durante il matrimonio (1419-1420 (TT)).

1409 (T). — La comunione si compone passivamente:

1° Di tutti i debiti mobiliari da cui gli sposi si trovavano gravati prima della celebrazione del loro matrimonio, o da cui si trovassero gravate le eredità ad essi pervenute durante il matrimonio; salva la compensazione per quelli relativi agl'immobili proprî dell'uno o dell'altro dei coniugi;

2° Dei debiti, tanto in capitali, quanto in annualità od interessi, contratti dal marito durante la comunione, o dalla moglie con il consenso del marito; salva la compensazione, ove abbia luogo;

3° Delle annualità ed interessi soltanto delle rendite passive, o dei debiti che sono particolari a ciascuno dei coniugi;

4° Delle riparazioni ordinarie degli immobili che non cadono in comunione;

5° Degli alimenti dei coniugi, dell'educazione e mantenimento dei figli e di tutti gli altri pesi del matrimonio.

1410 (T). — La comunione non è tenuta per i debiti mobiliari contratti dalla moglie prima del matrimonio, se non quando risultino da un atto autentico anteriore al medesimo, o che prima della stessa epoca abbiano acquistato una data certa, o col registro, o per la morte di una o più persone sottoscritte a tale atto.

Il creditore della moglie in virtù d'un atto che non abbia una data certa anteriore al matrimonio, non può agire contro la medesima per il pagamento che sulla nuda proprietà dei suoi immobili particolari.

Il marito che pretendesse d'avere pagato per sua moglie un debito di tale natura, non può domandarne il rimborso alla moglie nè a' di lei eredi.

SOMMARIO

I. — Dall'art. 1409 (T) ci sono indicate cinque sorta di pesi imposti alla comunione. Riuniremo le tre ultime; divideremo la prima in due parti, ed avremo in tal modo le quattro specie da noi già annunziate, spiegandone ora le due, poscia le due altre.

1. Debiti anteriori al matrimonio.

II.—Tutti i debiti mobiliari dei coniugi nel dì della celebrazione del matrimonio, sono il primo elemento del passivo della comunione inteso *lato sensu*, che abbraccia coi debiti che sono propriamente a peso della comunione, quelli che essa è soltanto obbligata di pagare pei coniugi, poichè secondo il testo, i coniugi dovranno compensare una parte di tali debiti. Per cotesti debiti dobbiamo esaminare in pria quali sieno quelli che la comunione è obbligata pagare; poi quali di quest' ultimi sieno quelli che debbono sostenersi diffinitivamente dalla comunione, in altri termini quali dei debiti anteriori al matrimonio sien comuni per rispetto ai creditori, restando personali per rispetto ai coniugi, quali altri sieno assolutamente comuni.

Dalla natura dell'oggetto mobiliare o immobiliare si determina chi debba pagare il debito: se è un mobile, secondo le regole spiegate nel titolo *della Distinzione dei beni*, il debito è mobiliare, e dev'essere pagato dalla comunione; se è immobile il debto sarà pagato dal coniuge.

In altri tempi, quando le rendite erano per lo più immobili, e la vendita non trasferiva immediatamente la proprietà della cosa venduta, ma ne rendeva solo debitore colui che la vendeva, eranvi più debiti immobiliari che non oggi; pure possono esservene tuttavia. Così l'obbligazione d'un coniuge (sia per una convenzione, o per effetto di un legato) di dare una servitù sopra il suo immobile, quella di restituir l'immobile vendutogli con lesione di più di sette dodicesimi; quella impostagli da un testamento di trasferire ad un terzo indicato quello immobile ereditario che vorrà scegliere; sono debiti immobiliari, poichè l'oggetto dovuto è un immobile, e il coniuge debitore può solo essere astretto al pagamento. Viceversa, se l'oggetto dovuto è mobiliare, come per lo più avviene, il debito sarà della comunione non assolutamente, ma in quanto il creditore la possa astringere. Se dunque il coniuge acquirente d'un immobile venduto a vil prezzo, avea stabilito col venditore, pria del matrimonio, di pagare un determinato supplemento di prezzo, essendo il debito al tempo del matrimonio sem-

plicemente pecuniario, è tenuta la comunione a pagarlo.

Il debito alternativo d'un mobile o d'un immobile sarà comune o personale, secondo che si rilascerà il mobile o l'immobile. Il debito facultativo invece sarà sempre mobiliare, e imposto alla comunione se il suo oggetto (il quale è unico) sarà mobile, benchè si rilasci un immobile riserbato *in facultate solutionis*; è sempre immobiliare viceversa, e dev'essere pagato dal coniuge se il suo oggetto è immobile, quand'anche il coniuge dichiarasse volere esercitare la facoltà di liberarsene con una data somma. Se un debito fosse in uno mobiliare e immobiliare, a mò di esempio se il coniuge era stato condannato a restituire un immobile, ed a pagare una tal somma pei frutti da lui ricavati dall'immobile, il debito sarebbe personale da un lato e comune pel resto.

Notiamo fin d'ora, ma vi torneremo poi, che ogni debito della comunione è pure in generale, tranne qualche eccezione, debito del marito per rispetto ai creditori, e che questi avendo drillo sui beni della comunione lo hanno anche sù quelli del marito che n'è capo.

III.—Stabilito nell'art. 1409-1° (T) che tutti i debiti mobiliari esistenti al tempo del matrimonio debbano esser pagati dalla comunione, la legge nell'art. 1410 (T) restringe cotesto principio per certi debiti della moglie. Siccome questa durante il matrimonio non può impegnare la comunione senza il consenso del marito, e secondo il cennato principio avrebbe avuto il mezzo di riuscirvi fraudolentemente col soscrivere obbligazioni con data antecedente, il Codice dichiara inefficace quanto alla comunione tutti i debiti della moglie non dichiarati da un atto, che abbia data certa anteriore al matrimonio,

Non altro si vuole se non che il debito sia dichiarato da un atto che *abbia una data certa* anteriore al matrimonio, qualunque sia la causa che renda legalmente certa data; l'articolo parla del registro dell'atto, e della morte d'uno di quelli che lo sottoscrissero, ma non è dubbio doversi aggiungere alle due cause quella che è terza dell'art. 1328 (1282), cioè il riferirsi il contenuto della scrittura in un atto autentico anteriore al matrimonio.

Ben vedesi che tal condizione non si applica ad ogni specie di debiti, e non potrebbe essere richiesta per quelli per cui il creditore non abbia potuto procurarsi una prova scritta, perchè nati non da una convenzione, ma da un quasi-contratto, da un delitto, da un quasi-delitto o dalla legge: da un lato non si può chiedere l'impossibile al creditore; dall'altro il previsto pericolo più non esiste, poichè risultando allora l'obbligazione non dalla volontà della moglie e da atti da lei sottoscritti, ma da certi fatti o da materiali circostanze, non può trattarsi di data antecedente. Ma bisogna come Zachariae (III, p. 431, nota 14), e Rodière e Paolo Pont (I-529), spingerci oltre e dichiarare indipendenti dalla regola i debiti che risultano da una convenzione minori di 150 fr., perchè l'articolo 1346 (1300) richiede una prova per iscritto per le convenzioni lo interesse delle quali sia maggiore di quella cifra? Rispondendo del no può dirsi che il principio dell'art. 1341 (1295) non può governare la regola particolare del nostro art. 1410 (T); che il pericolo combattuto dalla legge esiste per le obbligazioni minori di 150 fr. (quali potrebbero moltiplicarsi dalla moglie e riunite ammontare ad una somma maggiore) non che per le altre; che d'altra mano non è stato il creditore nell'impossibilità di procurarsi il genere di prova richiesto dalla legge, e che egli ha dovuto prevedere le conseguenze legali del matrimonio che poteva contrarre la giovane o la vedova che accettava per debitrice; *nemo jus ignorare censetur*. Pure crediam noi doversi rispondere del sì. Non può ammettersi che il legislatore abbia voluto che colui il quale contrae con una giovane o una vedova sia costretto di fare un atto registrato anche per le inezie di 15 o 20 franchi; e poichè al di sotto di 150 fr. la legge non si cura più di queste temute frodi e vuol che positivamente la frode si provi; poichè fino a tal somma crede ella (salvo a provare

il contrario) alla piena sincerità delle dichiarazioni (pel doppio motivo di non potersi estendere a tutte le convenzioni siano pur le più minime, incommode prescrizioni, e di non doversi facilmente sospettare la mala fede ed armarsi contro di lei per circostanze di lieve interesse), è giusto il dire che sino alla somma di 150 franchi la obbligazione convenzionale della moglie sarà abbastanza provata non solo da un atto che ha data certa ma anche senza di questo, e che il nostro art. 1410 (T) richiedendo che i debiti risultino da un atto che abbia data certa, intende parlare di quelli che secondo i principî generali devono essere provati da un atto, di quelli cioè provenienti da una convenzione il cui oggetto sorpassa 150 fr. Quel che diciamo per le convenzioni di 150 fr. ed al di sotto deve anche applicarsi al di là di tal somma, a quella per cui esiste un principio di prova per iscritto (1).

In una parola sotto tal riguardo il nostro articolo deve spiegarsi coi principî degli art. 1341, 1348 (1295, 1302), e combinarsi col principio dell'art. 1328 (1282).

La nostra disposizione non dee ampliarsi *oltre il* suo concetto, molto meno oltre il suo dettato, e bisogna star cauti a non ammettere la dottrina di Delvincourt e di Battur (I-290) i quali insegnano che la data certa, quantunque anteriore al matrimonio, non basterebbe se posteriore al contratto. La legge s'attacca, come doveva, non già al contratto, ma al matrimonio; allora ha principio la comunione; allora, secondo lo stato del patrimonio dei coniugi, si determina l'attivo e il passivo della comunione; e per la nostra eccezione si volle appunto evitare che la comunione risentisse le conseguenze degli atti che la donna, divenuta moglie, potrebbe fare con data antecedente. La comunione adunque soddisferà le obbligazioni mobiliari con data certa, che la donna ha sottoscritto dal dì che si è fermato il contratto al dì del matrimonio; tranne però che elle non siano state contratte fraudolentemente per modificare, in danno del marito, le convenzioni matrimoniali; nel qual caso dovrà il marito provar la frode.

Inoltre, il creditore della moglie, se non sia certa la data dell'atto, anteriore al matrimonio, non potendo rivolgersi contro la comunione si rivolgerà benissimo contro la moglie. In tal caso la comunione si riputerà come un terzo, e può quindi giusta l'art. 1328 (1282) giovarsi della mancanza di data certa: per i contraenti però la data essendo sempre certa, non potrà mai pretender la moglie che l'atto si reputi fatto durante il matrimonio, cioè quando ella non era capace di contrarre senza autorizzazione, e quindi sia nullo: volendo annullar l'atto, essa dovrà positivamente provare la data antecedente, non che la sottoscrizione fatta durante il matrimonio. Finchè ciò non provi, l'atto, che non ha vaglia per rispetto ai terzi, e quindi per rispetto alla comunione, conserverà tutta la sua forza contro la moglie; sicchè il creditore, come vien detto dal paragrafo secondo dell'art. 1410 (T), potrà solo rivolgersi contro la nuda proprietà dei beni proprî della moglie, non già contro le loro rendite, le quali appartengono alla comunione.

Ciò posto, si spiegherà facilmente l'ultimo paragrafo del nostro art. 1410 (T), che ha imbarazzato non pochi interpetri. Se il marito, capo della comunione, benchè non tenuto a pagare, pure soddisfa puramente e semplicemente i debiti di cui è discorso, la legge presume che egli abbia riconosciuto l'esattezza della data, la esistenza reale del debito avanti il matrimonio, e non gli dà più dritto, allo scioglimento della comunione, a chieder compenso, perchè il debito non sia provato anteriore al matrimonio, e non debba quindi esser pagato dalla comunione. È questo il

(1) Deciso pure che anche l'anteriorità dei debiti commerciali contratti dalla moglie può risultare da circostanze e documenti della causa, e specialmente dalla confessione del coniuge. Cass., 6 lug. 1833 (Dev., 54, 1, 33). — Poitiers, 26 febbraro 1856 (Dall., 56, 2, 176). — Ma *vedi* Paolo Pont e Rodière (tom. I, n. 530); Odier (tom. I, nn. 154 e 155). — *Vedi* intanto Troplong (tom. II, n. 773).

senso della disposizione. Ma se il marito, pagando il debito, abbia dichiarato di non riconoscer punto che il debito fosse stato anteriore, e pagar solo a fin di evitare la espropriazione dei beni della moglie, e di riservarsi tutti i dritti, non gli si potrebbe negare il compenso. Invano dice Troplong (II-783), che il marito, col semplice pagamento di un debito che si pretende posteriore al matrimonio, consente a farne un debito della comunione, e lo riconosce come contratto *procuratorio nomine*. Cotesta idea, che sorgerebbe naturalmente, ove il marito tacesse, nella nostra ipotesi è manifestamente inesatta, poichè il marito comprova formalmente la personalità del debito, e dichiara nettamente di pagarlo a nome e per conto personale della moglie, riservandosi il dritto di compenso sulla comunione. Diremo adunque, col più degli scrittori, che si dovrà sempre il compenso (1).

Esso sarà parimente dovuto, se il pagamento si faccia puramente e senza osservazione, se il debito per sua stessa natura dia luogo a compenso, secondo la regola che spiegheremo nel numero seguente, sicchè la legge in principio niega il compenso che sorge appunto dalla mancanza di data certa, e dal pagamento indovuto della comunione, salve le espresse riserve; ma se il compenso sorge dall'essere un debito relativo all'immobile di un coniuge, e si dovrà in conseguenza anche pei debiti con data certa, dovuti dalla icomunione, lo si dovrà sempre e in tutti casi.

IV. — La legge, gravata la comunione di tutti i debiti mobiliari dei coniugi al tempo in cui si celebra il matrimonio, li distingue poscia in due classi, e vuole che quelli relativi agli immobili dei coniugi si acquisteranno dalla comunione, salvo il rimborso dovuto al coniuge proprietario. La comunione adunque pagherà quest'ultimi in conto del coniuge, e come semplice anticipazione.

I debiti relativi agli immobili dei coniugi son quelli contratti per lo acquisto, la conservazione o il miglioramento di mobili appartenenti al coniuge nel tempo del matrimonio. In tal modo il prezzo non ancora pagato a quel tempo dello immobile comprato da un coniuge, o il soprappiù da lui dovuto per una permuta, saranno pagati dalla comunione, salvo il compenso, poichè servono allo acquisto di un bene proprio; come anche facendosi uno acquisto a vil prezzo, il denaro che il coniuge acquirente avrebbe promesso pria del matrimonio di pagare al venditore, onde non soffrire evizione, poichè per esso si conserverebbe la cosa (2).

Si pagherebbe parimente il denaro dovuto dal coniuge per fabbriche, piantagioni o altri lavori fatti nel suo fondo, o per ricompre di servitù dovute dal fondo, trattandosi allora di miglioramento dell'immobile. Ma in tutti i casi fa di bisogno che l'immobile appartenga ancora al coniuge, poichè se più non gli appartenesse, il debito non sarebbe più relativo a un bene proprio di lui.

Il denaro di cui questo sarebbe debitore ipotecariamente e non personalmente, sarebbe pur pagato dalla comunione, salvo il compenso. Così se un coniuge pria del matrimonio abbia conceduto ipoteca sul suo immobile per un debito di un terzo, non obbligandovisi personalmente, ovvero abbia acquistato un immobile con ipoteche; in tal caso il debito non solo riguarda lo immobile, ma rigorosamente il debito di questo (dappoichè il coniuge vi è tenuto solo come detentore, in modo che potrebbe liberarsene abbandonandolo). Esso sarà dunque pagato dalla comunione, ma salvo il compenso del coniuge, a cui col pa-

(1) Bellot (I, p. 273); Zachariae (III, p. 432); Odier (I-157); Rodière e Paolo Pont (I-584).

(2) Si è visto al n. II che se la convenzione di pagare un supplimento di denaro fosse posteriore al matrimonio, il debito del giorno del matrimonio, riguardando non una somma determinata, ma la restituzione dello immobile, ed essendo così immobiliare al tempo in cui ha principio la comunione, non dovrebbe da questa essere anticipato, ma soltanto il coniuge potrebbe esservi astretto.

gamento si è conservato l'immobile. Ma se il debito cui è ipotecato l'immobile del coniuge, fosse a lui personale, la circostanza che un immobile trovasi accessoriamente gravato, non basterebbe perchè questo dicasi debito relativo all'immobile, e quindi resterebbe a peso della comunione, la quale dovrebbe pagarlo senza compenso (1).

2. Interessi dei debiti proprî; obbligazioni dell'usufrutto; pesi diversi del matrimonio.

V. — Avendo discorso dei debiti mobiliari dei coniugi nel dì che si celebra il loro matrimonio, è ben naturale si parlasse di quegli altri mobiliari delle successioni o donazioni pervenute ai coniugi durante il matrimonio, di cui si fa parola dall'art. 1409 (T) nello stesso paragrafo. Siccome però il Codice ne tratti negli articoli 1411, 1415 (TT), come negli articoli 1419 e 1426 (T e 1397) riparla dei debiti contratti durante il matrimonio, così noi, per completare la spiegazione del nostro, passeremo tosto a parlar dei pesi che formano l'oggetto del 3°, 4° e 5° del testo, riducendoli in unica classe.

La comunione, secondo il 3° del nostro articolo, dee pagare annualmente gl'interessi dei debiti che restano a carico di un *coniuge* (*sia* che debbano anticiparsi *da essa, o dal* coniuge pagarli), rimanendo solo il *capitale* a peso di lui. — Ciò è convenevole giacchè i frutti delle rendite attive dei coniugi vanno pure alla comunione. Fra questi debiti si contano le rendite dovute da un coniuge. Così, se il coniuge si ha formato una rendita del prezzo dell'immobile che ei possedeva maritandosi, il debito di essa che riguarda l'immobile resterebbe proprio del coniuge; e se durante il matrimonio se ne facesse il riscatto, allo scioglimento il coniuge avrà dritto a compenso del capitale pagato per il riscatto; ma fino a che si pagherà la rendita, la comunione senza alcun dritto di compenso, dovrà pagarne le annualità.

Siccome la comunione gode dei beni proprî dei coniugi, e ne ha l'usufrutto, dovrà pure sostenerne i pesi tutti specialmente le riparazioni di manutenzione. Parimente, secondo il sano principio dell'articolo 605 (530) trattandosi di un immobile della moglie, la comunione dovrà fare le riparazioni straordinarie; se queste abbisognano per non essersi fatte, dopo il matrimonio, le riparazioni di manutenzione, poichè allora la colpa sarebbe del capo della comunione, alla quale spetta, come appresso vedremo (art. 1424 (T)), di pagare senza compenso le obbligazioni che risultano dai quasi-delitti del marito; e se in tale ipotesi non si facciano neppure le straordinarie riparazioni, allora la moglie potrà chieder compenso per il minor valore del suo immobile. Se l'immobile è proprio del marito, la comunione, pagando le riparazioni straordinarie, avrà dritto a compenso, giacchè essa non vi è obbligata, quantunque quelle sieno originate dal non essersi fatte le riparazioni di manutenzione, poichè allora la colpa è del marito, il quale non potrà pretender mai che la comunione lo ristori di un danno che con la sua negligenza si è procacciato. Per medesimezza di ragione egli, il marito, non potrà chieder compenso per il minor valore del suo immobile, cagionato dal non aver fatto le grosse riparazioni. Ma potrà egli ripetere lo ammontare delle semplici riparazioni di manutenzione, che la comunione dovea fare e non fece? Toullier (XIII-163) e Duranton (XIV-261) rispondono del sì; altri, specialmente Paolo Pont e Rodière (I-643) vogliono il contrario, per la ragione che dal non essersi fatte le riparazioni di manutenzione venner meno le rendite dello immobile, e la comunione perdette da un lato quel che guadagnò dall'altro, non facendo le riparazioni. In generale dovremmo appigliarci a quest'ultima idea, alla prima però se per

(1) Douai, 6 genn. 1846 (Devilleneuve, 46, 2, 533).

speciale circostanza le rendite non si fossero scemate non ostante il manco delle riparazioni.

La comunione, siccome prende le rendite dei coniugi, non che i prodotti del loro travaglio o della loro industria, sostiene pure i pesi della famiglia. Così le spese per gli alimenti e il mantenimento dei coniugi e dei figli, dell'educazione di questi non che degli altri avuti da un precedente matrimonio (1), tranne che quest'ultimi non godano di rendite loro proprie, bastevoli ai loro bisogni, la pensione di alimenti che i coniugi devono ai loro genitori e ai loro suoceri, ecc., le spese per l'ultima malattia d'un coniuge, vanno a peso della comunione; ma non così quelle pei funerali di esso coniuge, disciogliendosi la comunione colla sua morte, e non potendo quindi ella essere più obbligata verso i coniugi: tali spese saran pagate dalla successione del coniuge defunto.

3. Debiti delle successioni o donazioni che pervengono ai coniugi durante il matrimonio.

SOMMARIO

I. Questi debiti andranno a carico della comunione, in proporzione del valore mobiliare delle successioni o donazioni, messo in confronto col loro valore immobiliare. Differenza grandissima che passa fra questa regola e l' altra dei debiti che esistono al tempo del matrimonio.

II. Ragione di questa differenza. Errore di Duranton, il quale insegna dovere i debiti delle successioni immobiliari gravare sul coniuge, benchè quelle si acquistino prima del matrimonio.

III. Distinzioni secondo le quali si stabilisce il diritto di agire che hanno i creditori.

I. — L'art. 1409-1° (T) a torto pareggia i debiti dei coniugi al tempo della celebrazione del matrimonio, a quelli delle successioni che loro pervengono dopo il matrimonio; poichè per essi varia la regola.

Perchè i debiti dei coniugi al tempo del matrimonio vadano a peso della comunione ci vogliono due condizioni: 1° che essi sieno mobiliari; 2° che non si riferiscano ai beni proprî dei coniugi; la prima di esse basta per poter agire i creditori. Così la comunione dovrà pagare i debiti che aveano i coniugi al giorno del matrimonio, perchè mobiliari; che se quelli inoltre non gravano sui beni proprî di essi coniugi, dovrà definitivamente pagarli.

Sarà ben diversa la cosa o per rispetto al passivo propriamente detto della comunione, o per rispetto al semplice dritto di agire dei creditori, pei debiti delle successioni o donazioni pervenute ai coniugi durante il matrimonio, nè qui si dovrà più aver riguardo alle due condizioni di sopra. Non vale se questi debiti si riferiscano o pur no agli immobili dei coniugi, se sieno mobiliari o immobiliari: la regola è formata, indipendentemente da queste due idee, sì pei coniugi, che pei creditori. Pei primi i debiti (mobiliari o immobiliari, relativi o pur no agli immobili) vanno a peso della comunione in ragion del valore mobiliare delle successioni o donazioni messo in raffronto col loro valore immobiliare, cioè, per l'intiero se la successione (o la donazione) è totalmente mobiliare (articolo 1411 e 1418 (TT)), in parte se è mobiliare insieme ed immobiliare (1414 (T)), per nulla se totalmente immobiliare (1413 (T)). Il dritto di agire dei creditori vien regolato, sempre indipendentemente dalle due sopraddette circostanze, da varie distinzioni che appresso indicheremo.

Così, mentre i debiti mobiliari di 50,000 fr. che aveva il coniuge, e non riferentisi ai suoi immobili, andranno tutti a peso della comunione, benchè essa non abbia punto o quasi attivo mobiliare, e per l'incontro un attivo immobiliare molto considerevole; il coniuge che, durante il ma-

(1) Caen, 29 marzo 1844 (Devilleneuve, 44, 2, 348).

trimonio, raccoglie una successione o una donazione con una ugual somma di debiti, li dovrà egli per intero, se raccoglie immobili, in parte, se raccoglierà mobili ed immobili, in proporzione del valore degli immobili raffrontato con quello dei mobili.

II. — Cotal differenza fra i debiti che esistevano al momento della celebrazione, e quelli delle successioni o donazioni che loro pervengono durante il matrimonio, che a prima vista par così strana, di leggieri ora si comprende. Il voler gravare la comunione di tutti i debiti mobiliari, assolutamente, e senza aver riguardo al valore relativo dei mobili e degli immobili, ha dovuto sembrare un'idea ben naturale, da anteporsi ad ogni altra, poichè la comunione da un canto, prende il danaro e gli altri valori mobiliari, con cui si pagano i debiti; dall' altro, con questo sistema si schivano i calcoli, le stime, e i raffronti dell'attivo mobiliare coll'immobiliare. Questa idea non offre alcuno inconveniente pei debiti dei coniugi al tempo del matrimonio, poichè, anche quando i debiti mobiliari oltrepassino l'attivo mobiliare, i coniugi son liberissimi di non far sentire alla comunione le conseguenze che per essa ne deriverebbero, o stipulando di rimanere separati di debiti (art. 1510 (T)), o mettendo in comunione una parte degl'immobili (art. 1505 (T)). Per lo incontro, contrattosi il matrimonio sotto la comunione legale, e pei legati o successioni che possono dipoi pervenire, un coniuge, applicandosi la medesima regola, correrebbe rischio di vedere, contro le sue previsioni e non ostante la sua volontà, ruinata la comunione, e il suo coniuge ingiustamente arricchito per una causa che graverebbe di considerevoli debiti il fondo sociale cui non apparterrebbe alcuno attivo, lasciando al coniuge valori enormi che gli pervengono in immobili liberi da ogni debito.

Pertanto era cosa ben semplice che il legislatore avesse applicata la regola ai debiti dal giorno del matrimonio, non già a quelli delle successioni o donazioni; onde ben chiaro si scorge l'errore di Duranton (XIV-234), il quale insegna che i debiti di una successione immobiliare pervenuta ad un coniuge prima del matrimonio, sono diffinitivamente a peso di lui. La legge, cogli articoli che stiamo per ispiegare, mette i debiti ereditari a carico del coniuge erede, quando le eredità pervengono *durante il matrimonio* (art. 1411, 1412 (TT)), perchè per tutti quelli anteriori al matrimonio, da una donazione, o da altra causa, i coniugi potranno fare quella convenzione che loro meglio piacerà, e non potranno quindi dolersi di averli lasciato a peso della comunione.

Tutti i debiti, qualunque ne sia l'origine, formano una massa identica, e tutti, essendovi comunione legale, devono pagarsi dalla comunione perchè di natura mobiliare. Vero si è che havvi compenso per quei relativi agli immobili del coniuge; pure non sono i debiti relativi agli immobili, perchè avuti dal coniuge in uno con gl'immobili e come parte di una stessa eredità. Può ben darsi che in una eredità immobiliare del tutto, e di cui i debiti, secondo i nostri articoli, saranno a peso del coniuge per lo intiero, la metà dei debiti, o soltanto il quarto o anche nulla si riferisca agli immobili; ma è anche possibile che in una successione, per metà immobiliare, e per la quale il coniuge dovrà pagare la metà dei debiti, il totale di questi sia relativo agli immobili: ben dunque si vede che non come relativi agl'immobili, sono riserbati qui dalla legge al coniuge i debiti delle successioni o donazioni in ragione del valore immobiliare di queste confrontate col loro valore mobiliare. I debiti adunque mobiliari di una successione immobiliare, avuta pria del matrimonio, non potrebbero perciò darsi a peso del coniuge: per giungere a tal risultamento non si può mettere innanzi nè il loro preteso carattere di debiti relativi agl'immobili (non avendo tal qualità per la loro dipendenza da una immobiliare successione) nè il principio che grava il coniuge di tutti i debiti di una successione immobiliare, essendo tal principio posto, come si dovea, per le successioni pervenute durante il matrimonio. L'idea di Duranton è dunque un errore e-

vidente; a ragione lo ha condannato una decisione recente di Corte di appello (1).

III. — D'altronde, come si è detto, la regola che i debiti delle successioni e donazioni pervenute ai coniugi durante il matrimonio, sono a peso della comunione, proporzionatamente alla parte mobiliare dei beni avuti, ed a peso del coniuge pel rimanente, si è stabilita per i coniugi fra loro e per rispetto al passivo reale e diffinitivo della comunione; ma per rispetto ai creditori e per il loro dritto di agire, a cui la comunione è obbligata di rispondere, salvo in taluni casi il compenso, è diversa la regola. Non basta più il distinguere le successioni o donazioni in mobiliari e immobiliari: è d' uopo anche distinguere se la successione o donazione sia pervenuta al marito o alla moglie, se il marito abbia o no fatto inventario dei mobili compresivi, e se pervenuti alla moglie l'abbia questa accettata con l'autorizzazione del marito o soltanto con quella giudiziale. Il dritto dei creditori estendesi più o meno secondo i casi, come ora vedremo.

1411 (T). — I debiti delle eredità puramente *mobiliari* pervenute ai coniugi durante il matrimonio, cadono interamente a peso della comunione.

1412 (T). — I debiti d'un'eredità puramente *immobiliare* pervenuta ad uno dei coniugi durante il matrimonio, non sono a carico della comunione; salva ai creditori la ragione di agire per il pagamento, sopra gl'immobili della predetta eredità.

Non ostante, se l'eredità è pervenuta al marito, i creditori verso la detta eredità possono pretendere il loro pagamento tanto sopra i beni proprî del marito, quanto sopra quelli della comunione, salvo, nel secondo caso, il rimborso dovuto alla moglie od ai suoi eredi.

1413 (T). — Se l'eredità puramente immobiliare sia pervenuta alla moglie, ed essa l'abbia accettata coll'assenso del marito, i creditori dell'eredità possono domandare il loro pagamento sopra tutti i beni particolari della moglie: ma se l'eredità non è stata accettata dalla moglie, che mediante autorizzazione giudiziale per causa del rifiuto del marito, i creditori, nel caso che gl'immobili ereditarj non siano sufficienti, non possono agire che sopra la nuda proprietà degli altri beni particolari della moglie.

SOMMARIO

I. Successioni immobiliari. I debiti andranno sempre a carico del coniuge erede, ma i creditori, secondo le varie circostanze, dovranno agire diversamente. Quid *specialmente se la moglie, acquistando una successione, l'accetti autorizzata dal marito? Errore di Toullier.*

II. Successioni mobiliari. I debiti a carico della comunione. Il dritto di agire dei creditori varia ugualmente. Non s'opera confusione fra i debiti e i crediti del coniuge verso al defunto.

I. — Questi ed i seguenti articoli provano, come si è detto, che i debiti delle successioni devolute durante il matrimonio son tutti sì mobiliari che immobiliari a peso della comunione o del coniuge, secondo che elle siano composte di mobili o immobili.

Infatti secondo l'art. **1411** (T) essendo la successione mobiliare, i suoi debiti sono *per lo intero* e senza che se ne distingua la natura, a conto della comunione; e secondo l'art. **1412** (T), essendo la successione immobiliare, sono dell'ugual modo a peso del coniuge. È questa una sanzione dell'antico dritto (2).

Ma se bisogna distinguere la natura mobiliare o immobiliare della successione per

(1) Douai, 6 gennaro 1846 (Dev., 46, 533).

(2) Ferrieres (*Cons. di Parigi*, art. 221, § 3, n. 16); Pothier (*Com.*, n. 260).

conoscere da cui debbano pagarsi i debiti, non è ciò necessario per rispetto ai creditori e onde sapere su quali beni debba farsi il pagamento. Benchè adunque i debiti della successione puramente immobiliare sieno a peso del coniuge, pure se questa è pervenuta al marito, essi, giusta il 2° paragrafo dell'art. 1412 (T), si potranno pagare non solo sugli immobili ereditari e gli altri propri del marito, ma anche su quelli della comunione, perchè essendone capo il marito e potendo obbligarla, tutti i debiti sono ugualmente della comunione (come i debiti di essa diventan pure di lui, e possono pagarsi sui suoi beni *propri*); però i debiti d'una successione *immobiliare* potrebber solo pagarsi coi beni della comunione, salvo a compensarsene su quelli del marito. Se la successione immobiliare è pervenuta alla moglie, è d'uopo d'altra distinzione, ed il dritto de' creditori è più o meno esteso secondo che ella accetti con l'autorizzazione del marito o del tribunale, ove quegli si rifiuti.

In quest'ultimo caso, essendo estranei alla obbligazione il marito, non che la sua *comunione*, dovrà quella eseguirsi senza *nuocere* per nulla alla comunione; e i creditori non potranno agire nè contro ai beni della comunione, nè contro ai propri della moglie, ma solo contro gli immobili della successione pervenuta, e contro la nuda *proprietà* dei beni spettanti alla moglie. Se la successione è accettata colla autorizzazione del marito capo della comunione, concorrendo egli allo acquisto consente che la obbligazione che ne deriva si esegua su tutti i beni della moglie erede senza riserbarsene le rendite. Ciò dice la prima parte dell'art. 1413 (T).

Bene è vero che Toullier (XII-282 e 383) spingesi oltre volendo che non ostante il silenzio dell'articolo 1413 (T) l'autorizzazione del marito dia ai creditori ereditari il dritto di agire contro tutti i beni della comunione e contro quelli del marito; ma con tutta la lunghezza ed il calore della sua dissertazione ed anche gli insulti alle volte amari che ei volge a Delvincourt (1), la sua dottrina è sempre inammessibile.

Non perchè la legge nell'art. 1419 (T) faculti i creditori pei debiti contratti dalla moglie col consenso del marito, ad agire contro i beni della comunione e quelli del marito, doveva pure facultarli ad agire contro i medesimi beni pei debiti che col consenso del marito sono *quasi-contratti* da lei accettando la successione. Da una mano può darsi che un debito dichiarato contratto dalla moglie, lo sia per la comunione o anco nel personale interesse del marito, nel mentre l'accettazione dell'immobiliare successione pervenuta alla moglie attribuisce i beni soltanto a questa.

Dall'altro lato è ben naturale che colui che non vuol contrarre con una moglie senza il concorso del marito, riguardi tutti i beni della casa, come a garanzia del suo credito; in modo che sarebbe stato se non poco equo, certo molto severo, restringere la garenzia solo ai beni particolari della moglie: in una casa ricca ed in doviziosa comunione può una moglie avere in proprietà pochi o punti valori, e sarebbe duro che un creditore sia ridotto ad un regresso di poco momento non ostante l'opulenza de'coniugi. Nel nostro caso di successione invece i creditori ereditari non possono mai lagnarsi, dappoichè il pegno su cui han fatto assegnamento contraendo, cioè il patrimonio del defunto, resta loro per intero, e oltre a ciò hanno i beni personali della moglie.

Non eravi perciò bisogno pel caso del nostro art. 1413 (T) di una regola simigliante a quella dell'art. 1419 (T). Se si consideri poi che essa fa eccezione al principio che colui che autorizza l'incapace non si obbliga personalmente, *qui auctor est non se obligat*, ben si vede che il suo effetto non potrebbe estendersi al nostro caso. Il permettersi dalla legge che si agisca contro le rendite dei beni della moglie, fe' dire a Toullier che la comunione cui appartengono quelle rendite non è in salvo, e si può quindi procedere su tutti i suoi beni ed anco contro

(1) E più al 10° § del n. 282 e all' ultimo del n. 283.

quelli dello stesso marito. L'inesattezza di tale idea è palpabile; perchè l'autorizzazione data dal marito alla accettazione della successione, è tenuta dalla legge come un virtuale consenso agli effetti ordinarî di essa non ostante i dritti della comunione, permettendo ai creditori di agire pienamente, tanto per le rendite che per la proprietà, contro i beni della moglie erede, si deve pure scorgere l'assenso perchè essi possano agire anche contro tutti i beni della comunione e del marito?

In somma la legge che negli art. 1412, 1413, 1416, 1417 (TTTT) così accuratamente dinota i varî beni su' quali possono i creditori esercitar i loro dritti, non vi pone i beni della comunione. Or da una parte qui come nell'art. 1419 (T) contro cotesti beni si potrebbe agire per una eccezione, e perciò tacendone la legge, cotal facoltà non può estendersi al nostro caso, e dall'altra parte buone ragioni consigliano di non estenderle. La dottrina di Toullier non può dunque ammettersi, e tutti gli scrittori indistintamente l'hanno a buon diritto condannata (1).

II.—Facciamo alcune osservazioni intorno al dritto di agire dei creditori per rispetto alle successioni puramente mobiliari di cui parla l'art. 1411 (T).

Sempre e per intero i debiti di tali successioni vanno a carico della comunione onde i creditori possono sempre agire contro i beni di essa, ma secondo i casi anche contro questi o quelli altri beni.—Se la successione mobiliare è devoluta al marito, i creditori possono (supposto che abbia accettato puramente e semplicemente) agire pure contro i beni personali del marito erede, salvo in tal caso ad esserne compensato dalla comunione.—Quando la successione è devoluta alla moglie, fa d'uopo distinguere: Se l'accettazione si fa dal marito per isperimentare i dritti e le azioni mobiliari della moglie, o da costei col consenso del marito, debiti che sono in tal guisa riconosciuti da costui debiti della comunione, possono esser pagati sopra i beni proprî del marito, non che sui beni proprî della moglie ch'è erede, salvo il compenso dovuto dalla comunione o al marito o alla moglie. Se la successione è accettata dalla moglie con l'autorizzazione del tribunale, poichè il marito si è negato, e si è steso un regolare inventario dei mobili, i debiti che sono allora della comunione contro al volere del marito e solo in quanto ella ne raccoglie i mobili, non potranno esser pagati da lei che fino alla concorrenza del valore dei mobili, ma non mai sopra i beni del marito; potranno pagarsi su quelli della moglie per la nuda proprietà salvo il compenso dovuto dalla comunione alla moglie. Se non si fosse fatto l'inventario, per la confusione dei mobili coi beni della comunione si potrebbe agire per lo intero contro di questa, e nel medesimo tempo contro la nuda proprietà dei beni della moglie. Le quali idee non espresse dal Codice non potrebbero parer dubbie in faccia alle disposizioni analoghe porte dallo art. 1410 (T) per le successioni miste, cioè mobiliari e immobiliari insieme.

La successione mobiliare fa sorgere una quistione, che si presenta pure per le successioni miste, e che noi dobbiamo qui risolvere. Quando il coniuge erede era creditore del defunto, conserva il credito contro la comunione; e viceversa, se fosse debitore del defunto per un debito personale (per grazia di esempio, per il prezzo ancora dovuto da lui di un immobile vendutogli dal defunto prima del matrimonio) rimarrà debitore della comunione? Si potrebbe forse rispondere di nò, perchè nel primo caso il credito del coniuge, nel secondo il suo debito si sono estinti per confusione quando il coniuge diveniva erede del debitore o del creditore. Ma in questo caso non vi

(1) Delvincourt (III); Duranton (XIV-235); Bellot (I, p. 279); Battur (I, 332); Zachariae (III, p. 463); Demante (*Themis*, XVIII, p. 166), Dalloz (X, pagina 200); Glandaz (n. 151); Taulier (V, p. 80); Odier (I-181); Paolo Pont e Rodière (I, 579); Troplong (II, 799-804).

sarebbe confusione. La comunione è allora come un cessionario dei dritti successori del coniuge, e quindi ella deve a lui ciò che il defunto doveva, e può da lui pretendere ciò che egli doveva al defunto (1).

1414 (T). — Quando l'eredità pervenuta ad uno degli sposi consista parte in effetti *mobiliari* e parte in *immobiliari*, i debiti da cui essa è gravata non sono a carico della comunione, che fino alla concorrenza di quella porzione degli effetti *mobiliari*, che deve erogarsi per l'estinzione dei debiti, in proporzione del valore dei predetti effetti *mobiliari* confrontato con quello degl'immobili.

Questa porzione erogabile si desume dallo inventario cui il marito deve far procedere in *proprio nome*, se l'eredità lo risguarda *particolarmente*, o come dirigente ed autorizzante le operazioni della moglie, quando si tratti di una eredità ad essa pervenuta.

1415 (T). — In mancanza d'inventario, ed in qualunque caso questa mancanza pregiudichi alla moglie, essa od i suoi eredi possono, al tempo dello scioglimento della comunione, domandare di essere indennizzati a termini di ragione; come pure comprovare la preesistenza e valore degli effetti *mobiliari* non inventariati, tanto con documenti e scritture private, quanto con testimoni ed occorrendo per pubblica fama.

Il marito non è mai ammesso a fare questa pruova.

1416 (T). — Le disposizioni contenute nello art. 1414 (T) non impediscono che i creditori di un'eredità in parte *mobiliare* ed in parte *immobiliare* dimandino il loro pagamento sopra i beni della comunione, tanto nel caso che l'eredità sia devoluta al marito, come in quello che sia devoluta alla moglie, quando questa l'abbia accettata coll'assenso del marito; il tutto però senza pregiudizio delle rispettive compensazioni.

Lo stesso ha luogo se l'eredità fu accettata dalla moglie con l'autorizzazione giudiciale, e che ciò non ostante gli effetti mobili siano stati confusi con quelli della comunione senza che siavi preceduto l'inventario.

1417 (T). — Se l'eredità fu accettata dalla moglie con l'autorizzazione giudiciale, atteso il rifiuto del marito, e se si è fatto l'inventario, i creditori non possono domandare il loro pagamento che sopra i beni tanto mobili che immobili di detta eredità, ed in caso di insufficienza sopra la nuda proprietà degli altri beni particolari della moglie.

SOMMARIO

I. Successioni miste. I debiti andranno a carico della comunione in proporzione del valore dei mobili messo in raffronto con quello degl'immobili. Il marito è obbligato a fare un inventario per comprovare il valore. Conseguenze della mancanza d'inventario.

II. In questo caso il dritto di agire non è governato in qualche punto dalle regole precedenti. Osservazioni.

I.—La legge avendo prima trattato delle successioni mobiliari, e poi delle immobiliari, parla nei quattro riferiti articoli di quelle composte insieme di mobili ed immobili; dei quali quattro articoli i due primi stabiliscono ciò che la comunione dee pagare dei debiti ereditarî, gli ultimi due il dritto di agire dei creditori per rispetto ad essi.

I debiti delle successioni miste sono naturalmente e secondo i principî stabiliti per quelle del tutto mobiliari o immobiliari, a

(1) Pothier (*Comun.*, n. 262, 263); Toullier (XII, 293); Zachariae (III, p. 462); Rodière e Paolo Pont (I-561 e 562).

carico della comunione in proporzione del loro valore mobiliare, e a carico del coniuge erede in ragione della parte immobiliare. Così se una successione che abbia un attivo di 100,000 fr. e un passivo di 15,000 si componga di 80,000 fr. di immobili e di 20.000 di mobili, la comunione dovrà pagare un quinto dei debiti, ossia 3,000 fr. poichè ella prende i 20,000 fr. che sono il quinto del totale; ed il coniuge che ritiene gli 80,000 fr. di immobili pagherà gli altri 4 quinti di debiti ossia 12,000 fr.

Onde stabilire il valore relativo dei mobili e degl'immobili, deesi stendere un inventario di stima, del quale obbligo è tenuto il marito, fosse anche la eredità devoluta alla moglie, poichè ella dimora in uno stato di dipendenza, nè potrebbe durante il matrimonio compiere quella formalità contro il volere del marito. Questi dunque è il solo che risponderà del non essersi fatto l'inventario e del danno che potrebbe venirne alla moglie.

Il danno potrebbe esservi, sia la successione devoluta al marito o alla moglie. Se ella è devoluta al marito, questi non essendovi inventario potrebbe attribuire alla parte mobiliare maggior valore di quel che non avrebbe, affin di crescere la parte dei debiti da doversi pagare dalla comunione, il che scemerebbe in questa la parte della moglie o dei suoi eredi. Se la è devoluta alla moglie, il marito scemerebbe il valore dei mobili affin di scemare la parte dei debiti da pagarsi dalla comunione, ed accrescer quella da pagarsi dalla moglie. La mancanza dell'inventario dunque può far sorgere dei dubbî, sciolta che sia la comunione fra il marito e la moglie, o loro rappresentanti, sia che la successione mista sia devoluta al marito o alla moglie; ma secondo l'articolo 1415 (T) le difficoltà si troncheranno dandosi facoltà alla moglie o ai suoi rappresentanti di provare il valore reale dei mobili di cui non si è fatto inventario, non solo coi varî titoli, registri, lettere che potrebbero procurarsi, o per testimonî, ma anche se occorra per voce pubblica, cioè, come noi abbiamo già spiegato, con una indagine nella quale non si richiedono deposizioni precise rigorosamente affermative, e intorno a cose che sono a personale conoscenza del testimone, ma bastano il semplice *si dice*, voci più o men vaghe, e nelle quali essendovi contraddizione si riterranno piuttosto i fatti contrarî a colui contro di cui si fa la prova; perchè si è costretti ad usar questo mezzo di prova per colpa di lui (1).

A ragione la legge ha negato al marito di far siffatta prova contro la moglie. Siccome il marito non può usare tal dritto, molto meno, checchè ne dicano pure in contrario Paolo Pont e Rodière (I-570), lo potranno i suoi eredi, i quali rappresentandolo avranno gli stessi dritti *di lui*.

Non così però se gli eredi incolpassero di frode il marito, e pretendessero non aver lui fatto l'inventario giusto per nuocer loro ed avvantaggiarne la moglie; poichè allora essi non sarebbero più rappresentanti del marito, ma suoi avversarî; nè più potrebbero applicarsi le regole ordinarie della pruova, poichè trattasi di frode: *fraus omnia corrumpit*. Tranne questo caso speciale, gli eredi non potrebbero avere il diritto negato al loro autore, ed a ragione una decisione della Corte suprema del 1842 ha così deciso.

Del resto, non si niegano al marito che le prove vietate dai principî generali, cioè la pruova testimoniale, e con più ragione quella per voce pubblica; ed egli potrebbe, in mancanza d'inventario, provare con qualunque titolo la consistenza del mobile pervenuto, come con un atto di divisione, un conto di tutela, ecc. Ciò emerge chiaro

(1) Giudicato che sotto la regola della comunione ristretta ad una determinata somma, la moglie, a cui è devoluta una eredità durante il matrimonio, può domandare che il magistrato interroghi il marito onde provare anche di faccia ai creditori di lui, mercè le confessioni fatte nel suo interrogatorio e presunzioni gravi, precise e concordanti sorte dalla discussione, che egli sia debitore della detta eredità. — Ricorso, 29 nov. 1853 (J. P., 1856, tom. 1, p. 48). — *Vedi* Paolo Pont e Rodière (tomo 1, n. 566).

dall'articolo 1504 (T), ed è stato conforme giudicato dalla decisione di sopra riferita, non che da un'altra precedente della Corte di Rouen (1).

II. — Abbiam visto, in quanto riguarda il passivo propriamente detto della comunione, che la regola delle successioni miste è formata dalle due regole che governano le successioni mobiliari da un lato, le immobiliari dall'altro, in guisachè sarebbe bastato quel che si è detto per le due prime classi di successioni, per regolare la terza come a conseguenza e senza disposizioni novelle. Il dritto di agire dei creditori però non è identicamente lo stesso, e gli articoli 1416-1417 (TT), in un caso si scostano *non poco* dai principî stabiliti precedentemente.

Così l'articolo 1416 (T) permettendo ai creditori d'una successione mista pervenuta al marito, di agire (oltre ai beni creditarî e proprî del marito) contro ai beni della comunione, segue i principî già svolti: la comunione deve rispondere del marito se la successione fosse mobiliare, se immobiliare, e se ad un tempo fosse l'una *cosa* e l'altra. Quando la successione *mista sia* pervenuta alla moglie, e l'abbia essa accettata, stante il rifiuto del marito, coll'autorizzazione del magistrato, i creditori possono agire, nel caso in cui i beni della successione non bastino, contro la nuda *proprietà* degli altri beni della moglie, se vi sia inventario, e contro tutti i beni della comunione, se non ve ne sia punto: sicchè l'articolo 1417 (T) e il secondo paragrafo dell'articolo 1416 (T) son d'accordo colle regole sin qui spiegate.

Ma il primo dell'art. 1416 (T) se ne allontana intieramente nel caso in esso preveduto. Appena la moglie autorizzata dal marito accetta la successione mista, i creditori sono autorizzati ad agire sopra i beni della comunione per tutti i debiti, come se la successione fosse pervenuta al marito: con ciò si deroga i principî in prima stabiliti. Siccome il dritto di agire contro la comunione per una successione pervenuta alla moglie, ed accettata col consenso del marito, è permesso per le successioni mobiliari, non per le immobiliari, dovevasi, onde esser conseguente, permetterlo qui per la porzione dei debiti della successione mista, rispondente alla parte mobiliare di essa, e non per tutti i debiti.....Ma la legge, ad evitare le difficoltà intorno alla proporzione con cui dovrebbe la comunione contribuire ai debiti, ha ordinato altrimenti. E poichè i debiti della successione mista, anzichè gravarsi alla comunione semplicemente per una parte proporzionale al valore relativo del mobiliare, le si graverebbero in intiero, dunque anche per lo intero, e non per la parte, si graveranno al marito (2).

Del resto l'articolo 1416 (T) dice, come ben lo doveva, che si potrà chieder compenso ogni volta che i debiti della successione mista si paghino sopra i beni che non debbano definitivamente sostenerli, o ne debbono solo una parte minore di quel che abbian pagato.

In altri termini si potrà chieder compenso, o dal coniuge erede contro la comunione, o viceversa, o dall'altro coniuge contro il coniuge erede o la comunione, ogni volta che questa abbia pagato i debiti altrimenti che per la parte proporzionale al valore del mobiliare, e il coniuge erede ne abbia pagato il resto.

Le regole della nostra materia non tolgono di applicarsi i principî stabiliti nel titolo *delle Successioni*. Potrebbe adunque la successione pervenuta alla moglie o al marito esser accettata col beneficio, ed i creditori allora potrebbero soltanto procedere contro i beni ereditarî. E viceversa potrebbero i creditori, se temono della solventezza del coniuge ereditario o della comunione, far uso del beneficio della separazione dei patrimonî (art. 878 (798)).

(1) Rouen, 29 agosto 1840; Rig. civ., 10 agosto 1842 (Dev., 41, 2, 55; 42, 1, 77).

(2) Pothier (nn. 262, 263). — *Vedi* pure Toullier (t. XIII. n. 273); Rodière e Paolo Pont (t. I, numeri 561, 562); Odier (t. I, n. 174); Troplong (numeri 790 e seg.).

1418 (T).—Le regole stabilite negli articoli **1411** (T) e successivi devono osservarsi egualmente riguardo ai debiti dipendenti da una donazione, come per quelli risultanti da un'eredità.

I. — Quanto si è detto nei precedenti articoli pei debiti delle successioni mobiliari, immobiliari o *miste*, si applica del pari ai debiti delle donazioni mobiliari immobiliari o miste, tra vivi, o per istituzione contrattuale, o per testamento. Perciò ove si faccia una liberalità a titolo universale e con obbligo quindi di pagare tutti o porzione dei debiti del disponente, o anche una disposizione a titolo particolare, ma con obbligo espresso di pagare i debiti, si seguiranno le sopraddette regole. I debiti adunque che gravano la disposizione saranno a peso della comunione o del coniuge gratificato, o di quella e di questo, ciascuno per la sua parte, secondo che la disposizione avrà per oggetto soli mobili o immobili, o gli uni e gli altri insieme; e quanto al dritto dei creditori si faranno quest'altre distinzioni se la disposizione si faccia al marito o alla moglie, se la moglie l'accetta col consenso del marito o solo con l'autorizzazione del magistrato, o in fine essendo la disposizione mobiliare in tutto o in parte se si è fatto o no inventario del mobile donato.

Pure studiando l'attivo della comunione abbiam trovato due regole la cui applicazione trarrebbe una necessaria eccezione a tai principi. Se conforme allo articolo **1401**-1° (T) una donazione mobiliare fosse fatta con espressa condizione di restar propria al coniuge donatario, i mobili donati restando al coniuge come se immobili, i debiti saranno a peso del coniuge; viceversa se conforme l'art. **1405** (T) si facesse una donazione immobiliare con dichiarare che i beni saranno in comunione, spetta a questa il pagare i debiti. In una parola, allorquando per eccezione l'attivo d'una donazione *mobiliare* sarà sottoposto al principio delle donazioni immobiliari, il medesimo principio governerà il passivo.

ART. 1.—*Debiti contratti durante il matrimonio.*

Durante la società coniugale i coniugi possono, secondo le regole varie per il marito o la moglie, contrar debiti che debbonsi sostenere ora diffinitivamente dalla comunione, ed ora soddisfare salvo il compenso. Il principio stabilito dall'art. **1409**-2°. (T) è svolto non pienamente dagli articoli **1419** e **1420** (TT); per cui dovremo scostarci dall'ordine degli articoli e prenderne alcuni dalla seguente sezione, onde completare la nostra materia.

Tratteremo a parte dei debiti contratti dalla moglie e di quelli del marito.

Debiti contratti dalla moglie.

1419 (T). — I creditori possono dimandare il pagamento dei debiti contratti dalla moglie col consenso del marito, tanto sopra tutti i beni della comunione, quanto sopra quelli del marito o della moglie; salvo il compenso dovuto alla comunione, o l'indennità dovuta al marito.

SOMMARIO

I. La regola di questo articolo che deroga al dritto comune, va eccettuata in due casi. Motivi della regola e delle eccezioni. Si respinge la dottrina di Bellot.

II. Quando si darà luogo a compenso? Il consenso del marito può esser tacito.

I. — Gli atti della moglie non possono in generale obbligare la comunione di cui è capo il marito, se non se col consenso di costui, siccome positivamente dichiara la prima parte dell'art. 1426 (T); col consenso del marito anche in generale obbligano la comunione e quindi il marito medesimo (1).

Ma a questo doppio principio si fa eccezione in due sensi, e siccome gli atti della moglie obbligano la comunione senza il consenso del marito in alcuni casi indicati dall'art. 1427 (T); così e viceversa *gli* art. 1413 e 1432 (T e 1403) porgono due casi nei quali l'atto della moglie, sebbene col consenso del marito, non obbliga la *comunione*. Il primo di essi già di sopra *spiegato* è, quando la moglie accetta una successione immobiliare con l'autorizzazione del marito; i debiti ereditari non possono pagarsi dai beni comuni; il secondo è, quando la moglie col consenso del marito abbia venduto immobili propri, d'onde sorgono obbligazioni del venditore contro la moglie, e non già contro il marito e la sua comunione. Questa seconda eccezione sebbene non indicata formalmente, *pure* deriva dall'art. 1432 (1403), poichè esso suppone che il compratore possa agire contro il marito, in quanto questi si fosse fatto formalmente mallevadore della moglie e non semplice autorizzante.

Queste due eccezioni sono un ritorno al dritto comune a cui derogava l'art. 1419 (T). Difatti secondo il dritto comune, colui che autorizza l'obbligazione di un incapace non obbliga se stesso, *qui auctor est non se obligat*; per modo che, secondo i principî, gli atti della moglie autorizzata dal marito avrebbero dovuto obbligare la sola moglie. Di leggieri si comprende il perchè il nostro art. 1419 (T) abbia derogato ai principî, e il perchè gli art. 1413 e 1432 (T e 1403) vi ritornino. La legge teme che il marito col suo ascendente facesse contrarre alla moglie, in vece sua, atti fatti nell' interesse della sua comunione o nel suo interesse personale, e perciò ha dettato la disposizione dello articolo 1419 (T). Ma siccome nei due casi degli articoli 1413 e 1432 (T e 1403) non potea materialmente aver più luogo quel timore, poichè la accettazione di una eredità immobiliare pervenuta alla moglie e la vendita di un immobile suo proprio, non riguardano che lei sola, la legge a buon diritto ha fatto ritorno ai principî ordinari.

Ciò posto, sarebbe stato logico render generale l'idea degli articoli 1413 e 1432 (T e 1403) e far seguire il nostro 1419 (T) da una disposizione che dichiari che il marito e la comunione non sarebbero più obbligati, quando l'atto autorizzato dal marito riguardasse solo la moglie; ma questa regola non si è fatta, e se si volesse non di meno applicarla, siccome pretende Bellot des Minieres (I-p. 477), si correggerebbe e rifarebbe la legge, e non si spiegherebbe (2).

II. — Sebbene la regola del nostro articolo 1419 (T) si fondi sul timore che l'atto non sia fatto pel marito o la sua comunione, può bene avvenire, come spesso avverrà, che sia realmente fatto per la moglie.

In questo caso la moglie sola deve sostenere il debito e compensare la comunione

(1) Ma da una giurisprudenza recente è stato deciso che i creditori verso i quali la moglie in comunione si è obbligata in solido col marito, possono agire sopra i beni della comunione, per parte del marito non per parte della moglie e che a questo caso non si applica l'art. 1419 (T). Parigi, 18 ott. 1854, 24 genn. 1855, 21 giug. 1851 (Dev., 55, 2, 81, e 394; Dall., 56, 2, 109). — *V.* in questo senso una consulta di Coin-Delisle nella *Gazzetta de' tribunali* dei 15 nov. 1854.

(2) La opinione di Bellot des Minieres è anche abbracciata da Delvincourt (tom. III, p. 258), Duranton (tom. XIV, nn. 248, 308); Demante (*Themis*, tom. VIII, p. 166); Battur (tom. 1, n. 332); Troplong (n. 846). Ma è stata rigettata dalla Corte di Rouen, la quale ha giudicato che nella regola della comunione il marito è tenuto sopra i suoi beni, salvo il compenso, dei debiti contratti dalla moglie con la sua autorizzazione, quand' anche non ne derivi a lui alcun vantaggio. Rouen, 27 maggio 1854 (Dev., 55, 2, 17); ed è questo il sentimento di Zachariae (tom. III, § 500); Paolo Pont e Rodière (tom. 1, 590); Odier (tom. 1, nn. 192, 247); Demolombe (tom. IV, n. 310).

o il marito, se coi beni dell'una o dell'altro sarà pagato, secondo dice l'ultima parte del nostro testo.

D'altronde non è necessario che sia espresso il consenso del marito perchè i creditori possano agire contro i beni di lui e della comunione, potendo tacitamente sorgere da circostanze di fatto che saran valutate dal giudice (1).

1420 (T). — Qualunque debito contratto dalla moglie come procuratrice generale o speciale del marito, è a carico della comunione; ed il creditore non può domandarne il pagamento contro la moglie e sopra i suoi beni particolari.

SOMMARIO

I. La moglie che è procuratrice obbliga il marito e la comunione, senza obbligar sè stessa. Vi ha presunzione di mandato tacito per gli atti relativi ai bisogni di famiglia.

II. Casi in cui questa presunzione non ha più luogo.

I. — Se la moglie contrae un'obbligazione qual procuratrice del marito, il debito sarà di questi di cui essa è stata lo strumento, e si dovrà ripetere sopra i beni di lui e su quelli della comunione, non già su quelli della moglie. Idea tanto semplice, e che sì chiaramente sorge dai principî, che il legislatore ne avrebbe potuto far di meno.

Secondo noi, il nostro articolo contiene in se implicitamente un'altra idea, ed è di applicarsi il principio stabilito ad una classe di debiti, pei quali dee ritenersi, per la natura stessa delle cose, che il marito abbia dato la procura; cioè per quelli contratti dalla moglie, o per mantenimento del marito e dei figli, o pel suo proprio, o per altri bisogni della casa.

Spetta al marito da una mano il provvedere ai bisogni della moglie e dei figli; e i debiti a ciò contratti sono a peso della comunione (articolo 1309-5° (1263)); dall'altra in una casa ben regolata tutte le minute spese giornaliere non sono affari del marito; spettano alla moglie le cure domestiche; e siccome sarebbe nojoso e contro l'uso generale pretendere che una moglie per tali affari avesse un formale mandato del marito, si è sempre inteso che per siffatti debiti ella è di pien dritto e per la tacita volontà del marito *procuratrice* di lui; in modo che per tai debiti vi è dritto di procedere sui beni del marito e quelli della comunione, e non su i personali della moglie. A tal particolare specie d'obbligazioni si applica specialmente il nostro articolo (2).

Senza fallo sarebbe stato meglio trovarsi nel Codice una formale disposizione intorno a ciò; ma benchè vi manchi, pure il pensiero della legge rampolla chiaro da altri testi. La decisione che non vedesse un mandato tacito del marito, o almeno la amministrazione degli affari di costui negli atti di cui trattasi, dovrebbe esser cassa per aver violato gli articoli 214 e 1409-5° (203, T) combinati o col nostro articolo, o coll'articolo 1375 (1329).

II. — Se la moglie fa delle compre contro il volere del marito, e i somministra-

(1) *Sic* Paolo Pont e Rodière (tom. 1, n. 592).

(2) Dumoulin (art. 112 e 114 Dell'antica *Consuetudine di Parigi*); Bouhier (Bourges, osserv. 19, n. 92); Ferrière (Parigi, art. 223, gl. 2, n. 72); Valin (*Rochelle*, art. 23, n. 11); Duparc-Poullain (Bretagna, art. 448); Lebrun (*Comun.*, lib. 2, cap. 2, sez. 2); Pothier (*Comun.*, n. 74); Merlin (Rep. alla parola *Autoriz. maritale*, § 7), Toullier (XII 261 a 268); Duranton (XIV-250); Vazeille (*Mar.*, II-335); Bellot (I, p. 247); Dalloz (X, p. 202); Odier (I 251); Paolo Pont e Rodière (I-594); Duvergier (sopra Toullier, n. 268); Troplong (II-741 e 389). Decisioni del parlamento di Dijon, 13 gennaro 1688; del parlamento di Parigi del 2 agosto 1715; del 6 luglio 1766; del 13 giugno 1781; Rouen, 27 dic. 1809; Rennes, 11, 30 dic. 1813 e 21 gennaro 1814; Rig., 7 nov. 1820; Rig., 14 febbraro 1826.

tori lo sanno, cessa la presunzione che il marito le abbia dato il tacito mandato per tutte le spese della casa. Valuterebbe il giudice secondo le circostanze, se coloro che fanno le somministrazioni conoscano o no che il marito non ha voluto far la moglie arbitra delle spese della sua casa. Per grazia di esempio, la presunzione non cesserebbe necessariamente, perchè il marito faccia inserire in un giornale uno apposito avviso, come spesso si fa a Parigi; non potendosi pretendere che un mercante legga tutti i giornali e sappia tutte le notizie: in un piccolo luogo e per una casa riguardevole sarebbe ben facile conoscersi la volontà del marito.

Ma la presunzione del tacito mandato dovrebbe necessariamente cessare quando il marito e la moglie fossero separati di persona ma non giudiziariamente? Toullier (XII, 252) crede di sì, ma noi non potremmo accostarci al suo parere. Esso si dovrà ammettere se la moglie è separata contro la volontà del marito, poichè allora cessa in lui l'obbligo di provvederla, che è correlativo a quello della coabitazione di lei; e negandole il mantenimento, egli potrebbe costringerla a ritornare al domicilio maritale. Ma se i somministratori provassero che il marito si nega a riceverla, o che la separazione è consentita da ambedue, non ricevendo la moglie dal marito ciò che questi le deve, i debiti contratti dalla moglie sarebbero a carico del marito e della comunione, poichè quello è tenuto a provvederla. (1).

Noi supponiamo qui, come più sopra, che le spese sieno esorbitanti.

1426 (1397). — Gli atti che la moglie ha fatto senza il concorso del marito, benchè coll'autorità del giudice, non obbligano i beni della comunione, se non quando abbia contratto come pubblica mercantessa e per affari della sua mercatura.

1427 (1398). — La moglie non può, senza essere autorizzata giudizialmente, obbligar nè sè stessa, nè i beni della comunione, nemmeno per liberare il marito dalla prigione, o per il collocamento de' figli, in caso di assenza del marito.

SOMMARIO

I. La pretesa eccezione indicata nel fine dell'artic. 1426 (1397) *al principio in esso stabilito, non è una eccezione.* Secus *di quella presentata dallo art.* 1427 (1398).

II. Quest'ultimo articolo non è limitativo.—Esso per altro non deve intendersi in un senso assoluto : ma secundum subjectam materiam.

I. — Se i compilatori han fatto male a dar questo luogo ai due riferiti articoli, mentre appartengono alle regole intorno al passivo della comunione, meritano pur la taccia di aver male redatto l'art. **1426** (1397), di cui la seconda parte mal si porge come eccezione alla prima. Difatti la moglie, secondo l'articolo 4 (4) del Codice di commercio, ha bisogno del consenso del marito per esercitar la mercatura, cotalchè tutti gli atti di lei per il suo commercio son sempre fatti in forza dell'autorizzazione generale del marito.

Pertanto la disposizione che dichiara cotali atti obbligatori per la comunione, non deroga al principio di non essere la comunione tenuta degli atti fatti dalla moglie non autorizzata dal marito (Vedi l'art. 202 (209)).

Ma l'art. **1427** (1398) contiene una vera eccezione, potendo per esso la moglie obbligar la comunione e quindi il marito, colla semplice autorizzazione giudiziale, quando ella vuol trarre il marito dalle car-

(1) Rig., 28 dic. 1830; Bordeaux, 8 giugno 1839; Rig., 13 febb. 1844 (Dev., 31, 1, 11; 39, 2, 416; 44, 1, 662). — *Vedi* Rodière e Paolo Pont (tom. 1, n. 595). — *Vedi* intanto Toullier (tom. XII, numero 272).

ceri, o procurare nell'assenza di lui un collocamento ai suoi figli.

II. — Cotesto articolo non è limitativo, come pretendesi da Odier (I-259); perchè quando si dice che la moglie debba ottenere l'autorizzazione del magistrato, ove le manchi quella del marito, *anche* in questo o in quel caso, non si nega che sia il simile in altri casi; senza di ciò la parola *anche* non avrebbe alcun senso. Quanto dice la legge di questi due casi, deve applicarsi quindi ai casi simiglianti, e se la moglie avesse contratto un debito per liberare il marito fatto prigioniero di guerra, o farlo uscire di schiavitù o per impedire un arresto personale contro di lui, ella con ciò (purchè sia stata autorizzata dal magistrato) obbligherebbe la comunione, come se dovesse fare uscire di prigione il marito (1).

Dicasi il medesimo per il collocamento dei figli, e non solo quando si maritano, ma quando prendono un posto nella società, siccome sorge dall'art. 204 (194) che parla di stabilimento a causa di matrimonio o per qualunque altro titolo.

Del resto nelle ipotesi prevedute dal nostro articolo, la moglie, a differenza di ciò che avviene nell'articolo precedente, è obbligata insieme col marito e la comunione; se il debito riguarda personalmente questo ultimo, e si è pagato dai beni della comunione o della moglie, il marito sarà tenuto al compenso.

Si comprende parimente che il nostro art. nel dire che la moglie *non può contrarre che dopo l'autorizzazione del magistrato*, non deve intendersi in un senso assoluto, ma *secundum subjectam materiam*. Non si vuole indicare che non essendo bastevole l'autorizzazione del marito, si debba necessariamente ottenere quella del magistrato, bensì che non ostante il favore dei casi preveduti è indispensabile quella del magistrato, *se non si è avuta quella del marito* (2).

Ove questa si ottenga, riuscirebbe vana l'altra; il nostro articolo si *connette col* precedente, e si applica agli *atti fatti dalla moglie senza il consenso del marito.*

Art. 2. — *Debiti contratti dal marito.*

Siccome la moglie in generale non può obbligare la comunione che col consenso del marito, così è ben naturale che i debiti di quest'ultimo possano sempre pagarsi dai beni comuni, non solo quando derivino dai contratti o quasi-contratti, ma anche in generale quando derivino dai suoi delitti.

Pei contratti e quasi-contratti la regola non ha eccezione, potendosi sempre agire contro la comunione, o il debito del marito interessi la comunione, ovvero lui personalmente, ovvero la moglie (3). Se non che, se il debito è personale al marito o alla moglie, come se per fabbriche fatte sul fondo di uno di loro, la comunione lo pagherà, salvo ad esserne compensata dal marito o dalla moglie, siccome dovrebbe la moglie compensare il marito, se sopra i beni di costui si fosse pagato un debito di lei. Ciò deriva o direttamente o per argomento dallo art. 1409, 2° (T) che pone nel passivo della comunione « i *debiti contratti dal marito durante la comunione, salvo il compenso ove abbia luogo.* »

Nei seguenti articoli studieremo le obbligazioni che risultano dai delitti o *quasi*-delitti.

(1) Duranton (XIV-305); Delvinconrt (t. II), Demolombe (IV-321); Rodière e Paolo Pont (I-612); Troplong (II-970); Bourges, 13 febbr. 1830. — *Vedi* intanto Taulier (t. V, p. 97); che segue l'opinione inesatta di Odier.

(2) Rig., 8 nov. 1814.

(3) La comunione è tenuta pagare i debiti contratti dal marito, quand'anche abbiano acquistato data certa, sciolta che sia la comunione, come anche quelli contratti per biglietti sottoscritti dal marito dopo sciolta la comunione, e dei quali la causa indicata risalga a un tempo anteriore allo scioglimento, fino a che non sia provato dalla moglie o dai suoi eredi che i biglietti abbiano una causa posteriore allo scioglimento. Ric., 13 marzo 1854 (Dev., 54, 1, 529).

1424 (T).— Le ammende in cui è incorso il marito a causa di delitto non producente la morte civile, possono esigersi sopra i beni della comunione, salva l'indennizzazione dovuta alla moglie: quelle in cui è incorsa la moglie non possono esigersi che sulla nuda proprietà de' suoi beni particolari, sin che dura la comunione.

1425 (T). — Le condanne pronunciate contro uno dei coniugi a causa di delitto producente la morte civile, non percuotono che la sua parte della comunione ed i suoi beni particolari.

SOMMARIO

I. Qualunque obbligazione nata da un delitto del marito si potrà ripeter contro la comunione, salvo sempre il dritto a compenso.
II. La comunione paga senza pretender compenso le obbligazioni nate da un quasi-delitto del marito o dai delitti di un figlio comune. — Delitti e quasi-delitti della moglie.
III. Se il marito, a causa del suo delitto, è incorso nella morte civile, la comunione non dovrà più rispondere.

I. — In generale i debiti nati da un quasi-*delitto* del marito, tranne il caso speciale di una condanna che porti seco la morte civile, si ripeteranno contro la comunione, salvo compenso sopra i beni di lui (1).

Noi qui parliamo di ogni reato, non dei crimini semplicemente; poichè quando si compilavano i nostri articoli, non si conosceva ancora la distinzione in crimini , delitti e contravvenzioni stabilita poi dal Codice d'istruzione criminale; sicchè la parola *crimine* (*crime*) deve intendersi nel senso generico di *misfatto* (*mêfait*) : per altro essendo le pene rigorosamente personali, la conseguenza è la stessa pei *delitti*, per le contravvenzioni, non che pei crimini propriamente detti. Diciamo da ultimo che la comunione deve rispondere, salvo ad esserne compensata dal marito, di tutti i debiti che risultino dal delitto di lui, cioè dei danni-interessi e delle spese, non che dell' ammenda. Su quest' ultimo punto è surta controversia, e molti insegnano che la comunione non abbia dritto a compenso per le spese e i danni-interessi (2); ma questa dottrina ci sembra inesatta.

Si fa in prima obbiezione non esser quella una pena, le spese e i danni-interessi a differenza dell'ammenda essere lo adempimento d'una civile obbligazione. Ma che monta ciò per la moglie? Essendo i debiti la conseguenza diretta e immediata del delitto, e derivando dalla colpa del marito come la stessa ammenda, per lo stesso principio di ragione e d' equità la moglie deve esser liberata sì nell'uno, che nell'altro caso. — Altra obbiezione è, che se per un delitto commesso da un terzo il marito avesse ottenuto danni-interessi, questi sarebbero stati della comunione e ne avrebbe tratto vantaggio la moglie, d'onde s'inserisce che viceversa, la comunione e la moglie non possono dolersi di pagare una parte di quelli dovuti dal marito. Ma non evvi la pretesa correlazione; perchè la moglie trae vantaggio delle indennità pagate al marito per aver sofferto il danno, per cui quelle eran nate, mentre per il delitto del marito non può affatto rimproverarsi la moglie. Se l' idea *ubi emolumentum ibi onus* fosse qui esatta e da applicarsi, i danni-interessi dovuti per un delitto della moglie dovrebbero pagarsi dalla comunione senza compenso, poichè fan parte della comunione quelli che si ricevono per un delitto commesso contro la moglie; or per questi danni-interessi nemmeno si può agire contro la comunione. — È necessario dunque completar l'art. 1424 (T) con l'articolo 1425 (T), sostituendo nel primo alla espressione troppo ristretta d' *ammende*,

(1) *Sic* Rodière e Paolo Pont (t. I, n.° 630).
(2) Toullier (XII-224); Zachariae (III, p. 441), Troplong (II-918); Odier (I-244). — *Vedi* pure una decisione del 30 genn. 1840 (Dev., 40, 2, 322).

quella più larga di *condanne* che è nel secondo; è questo anche il parere del più degli scrittori (1).

II.—Però la comunione se paga, salvo il compenso, le obbligazioni che derivano da un delitto commesso dal marito, deve pagare senza compenso quelle che derivano dai quasi-delititi di lui; non essendo più fatti colpevoli, ma accidenti di cui non potrebbe punirsi il marito amministratore, poichè nissuna amministrazione ne va senza.

Sarà il medesimo pei delitti di un figliuolo comune, i quali sono ad imputarsi tanto al marito che alla moglie. Ma se il figliuolo fosse nato da un precedente matrimonio, i debiti che risultano da un suo delitto si pagheranno, a sentimento nostro, dalla comunione, la quale avrà dritto ad esserne compensata dallo autore di lui. Si noterebbe indarno come fa Bellot (I p.459), che la comunione debba mantenere cotesto figlio come quello nato dal matrimonio. Verissimo, ma non perciò ella deve anche sostenere le conseguenze dei suoi delitti. La comunione deve parimente mantenere i coniugi, eppure non paga i debiti che risultano dai loro delitti.

I delitti della moglie, come viene espressamente dichiarato dalla seconda parte dell'articolo 1424 (T), non potrebbero obbligare la comunione; se non lo possono gli atti leciti di lei, *a fortiori* quelli illeciti. Le obbligazioni adunque che risultano dai suoi delitti possono soltanto soddisfarsi sopra la nuda proprietà dei beni di lei.

III.—Trattandosi di una condanna che porta seco la morte civile, si fa eccezione alla regola, di pagarsi dalla comunione, salvo il compenso, le obbligazioni nate da un delitto del marito: in tal caso, per un debito del marito o della moglie, non si può più agire contro la comunione, ed il creditore potrà semplicemente rivolgersi, giusta l'articolo 1425 (T), contro il conjuge autore del delitto (2). Tal disposizione, copiata dall'antico dritto, si fonda su ciò che la morte civile scioglie la comunione (articolo 1441 (1405)), ed è allora ben naturale che il creditore debba agire contro i beni del coniuge colpevole, cioè contro i beni propri che questo riprende, e contro la parte della comunione che gli perviene. Ciò un tempo spiegavasi benissimo. Quando si incorreva la morte civile per l'effetto diretto e dal dì della condanna, le azioni che poteano intentarsi dopo lo scioglimento della comunione, si dirigevano, contro la parte di questa, divenuta proprietà particolare della moglie, perchè disciolta la società. Vero che i danni-interessi, a differenza dell'ammenda e delle spese, si dovranno dal giorno in cui fu commesso il delitto, e che per essi la condanna non farebbe che comprovare e liquidare il debito nato quando la comunione esistiva; in modo che si potrebbe pretendere che sia tenuto *il marito*, sulla parte della comunione pervenutagli, all'ammenda e alle spese, non già alle riparazioni civili. Ma siccome questa parte di debito nata sotto la comunione, si può ripetere dopo lo scioglimento, si è messa a pari col rimanente, liberando dalle conseguenze del delitto del marito quei beni che per la sua colpa son divenuti proprî della moglie.

La disposizione si comprendeva dunque un tempo. Oggi però che s' incorre la morte civile e si discioglie la comunione per la esecuzione della decisione, o se la condanna è in contumacia, dopo cinque anni dalla esecuzione (art. 26 e 27 (29 e 30 MM)), l'ammenda e le spese non che i danni-interessi costituiscono debiti nati durante la comunione, ed il nostro articolo 1427 (1398) redatto con poca saggezza dal legislatore in modo assoluto, non può applicarsi senza una distinzione. Essa avrà luogo se la morte civile, come quasi sempre

(1) Delvincourt (tom III); Vazeille (*Mat.* II-371); Duranton (XIV-298); Bellot (II-433); Battur (I-316); Paolo Pont e Rodiere (I-632); Duvergier (sopra Toullier. *loc. cit.*).

(2) La disposizione si applica non solo alle ammende ma ben anche alle riparazioni civili cui il conjuge sarebbe condannato; se dunque la condanna è contro il marito, la comunione non ne deve rispondere, nemmeno per ciò che riguarda le riparazioni civili. Colmar, 29 dic. 1849 (Dev., 52, 2, 193).—*Sic* Paolo Pont, *Rivista critica*, t. II, p. 523.

segua la condanna, e la comunione si sciolga al momento in cui i creditori agiranno; formandosi così un'eccezione alla regola che si potranno riscuotere sopra tutti i beni comuni i debiti nati *durante la comunione* per fatto del marito.

Se la morte civile ha luogo molto tempo dopo la condanna, e i creditori hanno agito nell'intervallo, cioè prima che si fosse sciolta la comunione, non potranno ristringersi contro la tal parte della comunione, che forma ancora un tutto indiviso. In tal caso, giusta la regola ordinaria dell'articolo 1424 (T), potranno rivolgersi contro i beni tutti della comunione, salvo il compenso; e quando l'articolo 1425 (T) fa un'eccezione a questa regola, restringendo il dritto dei creditori sulla parte del marito per rispetto alle *condanne pronunciate a causa di delitto producente la morte civile*, bisogna intendere quest'ultime parole di condanne che *abbiano prodotto la morte civile*, cioè condanne a pagamento, che si possono ripetere quando si è incorso nella morte civile, e si è sciolta la comunione

SEZIONE II.

Dell'amministrazione della comunione, e dell'effetto degli atti di uno dei coniugi relativamente alla società conjugale.

Il Codice che nelle sei sezioni in cui tratta della comunione legale, porge distinzioni inesatte, che rientrano spesso le une nelle altre, sotto la rubrica abbastanza vaga, che è qui sopra, tratta successivamente. — 1.° dell'amministrazione della comunione (articolo 1421-1423 (1396 M 1404 M));—2.° dello effetto degli atti illeciti di *uno* dei conjugi relativamente ai beni comuni (articolo 1424-1425 (T T)), e poi dello effetto degli atti leciti della moglie sopra gli stessi beni (1426-1427 (1397-1398)), materia che naturalmente si attacca al passivo della comunione, e che dovemmo spiegare nella precedente sezione;—3.° dell'amministrazione dei beni propri dei conjugi, specialmente di quei della moglie (1428-1430 (1399-1401)); — 4.° delle indennità o compensi dovuti sia ad un conjuge dalla comunione o dall'altro conjuge (1431-1436 (1402 T)), sia alla comunione da un conjuge (1437 (T)); e perciò il Codice incidentemente stabilisce le regole sopra il reimpiego, spiegate da noi più sopra; — 5.° infine, delle costituzioni di dote fatte dall'uno all'altro conjuge durante la comunione (1438-1440 (T-T)).

Il secondo oggetto (art. 1424-1427 (T-1398)) e parte del quarto relativo al reimpiego (art. 1434-1435 (T-T) sono stati precedentemente spiegati; sicchè qui ci dobbiamo occupare: 1.° della amministrazione della comunione; 2.° dell'amministrazione dei beni propri; 3.° dei compensi; e 4.° delle costituzioni di dote.

§ 1. — *Dell'amministrazione della comunione.*

1421 (1396 M). — Il solo marito amministra i beni della comunione.

Li può vendere, alienare ed ipotecare senza l'intervento della moglie.*

1422 (T). — Non può disporre per atto fra vivi a titolo gratuito degl'immobili della comunione, nè della totalità o di una quota della sostanza *mobiliare*, eccetto che per dare uno stabilimento ai figli comuni.

Non ostante può disporre a titolo gratuito e particolare, degli effetti mobili a vantaggio di qualunque persona, purchè non se ne riservi l'usufrutto.

* Il nostro art. 1396 è così concepito:
« Il solo marito amministra i beni della comunione. »

1423 (1404 M).—La donazione fatta dal marito per atto di ultima volontà non può eccedere la parte che gli spetta nella comunione.

Se in questa forma ha donato una cosa della comunione, il donatario non può pretenderla in natura, se non nel caso in cui per accidentalità della divisione, la cosa donata cada nella quota pervenuta agli eredi del marito; se l'effetto non cade nell'indicata quota, il legatario riceve lo equivalente dell'intero valore dello effetto donato, sulla parte spettante agli eredi del marito nella comunione e sopra i beni particolari di quest'ultimo.*

SOMMARIO

I. Il marito è l'amministratore dei beni comuni, con poteri quasi illimitati, cum libera.

II. Oggi però il suo potere cessa per l'alienazione gratuita fra vivi; e la donazione da lui fatta, anche col consenso della moglie, sarebbe nulla: controversia.

III. Vi ha una prima eccezione per il collocamento di un figlio comune. In tal caso potrà anche il marito dare tutti i beni comuni: errore di Duranton. Egli non lo può con una istituzione contrattuale.

IV. Il marito, per un'altra eccezione, è libero di donare, a chiunque voglia, beni mobili e particolari, purchè non se ne riservi l'usufrutto.

V. Oltre queste due eccezioni, saranno nulle, rispetto alla moglie, le donazioni; però son valide rispetto al donatario e al marito donante, potendo eseguirsi per equivalente sui beni di lui.

VI. Il legato fatto sopra i beni comuni dal marito, per ciò che ecceda la sua parte della comunione, si adempirà sopra i suoi beni (distrazione di Troplong). Secus *per quello fatto dalla moglie che resterà inefficace per tutto ciò che ecceda la porzione di lei: controversia.—La regola è la stessa per la istituzione contrattuale.*

I.—Il marito è per natura il gestore della società conjugale, l'amministratore assoluto della comunione, e tale è in fatti secondo l'art. 1421 (1396 M).

Egli solo in conseguenza, per rispetto ai beni comuni, può intentare le azioni o rispondervi, ricever somme o intimazioni; ed a ragione una decisione di Bourges (del 18 giugno 1839) dichiarò nulla la notifica, che l'acquirente di un credito, di cui la moglie era debitrice prima del matrimonio, ma rientrato poi nella comunione, fece a a lei e non al marito.

L'amministrazione del marito non è pari a quella degli altri amministratori ordinarî.

L'autorità naturale e legale di cui è investito per la confidenza che si ripone nella sua qualità, gli han fatto attribuire tanto nell'interesse della moglie e dei figli, che in considerazione di lui, poteri quasi illimitati e uguali a quelli di un esclusivo proprietario dei beni; e non solo può egli fare senza alcuna condizione nè formalità i compromessi, le transazioni, o tutti gli atti pei quali si prendono di ordinario certe precauzioni; ma può bensì di suo proprio volere, e senza il concorso della sua comproprietaria ipotecare i beni comuni, imporvi servitù, venderli o altrimenti alienarli a titolo oneroso. La moglie, benchè comproprietaria, non può esercitare alcun dritto d'opposizione o di censura; il legislatore che non poteva abbandonare la comproprietaria allo arbitrio di un marito dissipatore, non altro dritto le ha conferito che di far dichiarare la separazione dei beni a causa della cattiva amministrazione del marito.

Tranne adunque le alienazioni gratuite che in generale gli sono interdette, e la separazione dei beni con cui la moglie pon fine alla comunione, ha il marito sui beni comuni i dritti medesimi che sui personali. Un potere sì esteso del marito esprimesi

* Il corrispondente art. 1404 è così concepito: « La donazione fatta dal marito per atto di ultima volontà non può eccedere la parte che gli spetta nella comunione ».

con dire esser lui amministratore *cum libera potestate*, o sottintendendo spesso l'ultima parola *amministratore* CUM LIBERA.

II.—Un potere sì grande del marito non si estende però alle alienazioni gratuite. Era altrimenti una volta: il più delle Consuetudini, specialmente quella di Parigi, coll'art. 225, permettevano al marito le disposizioni gratuite e quelle a titolo oneroso. Ma il nostro moderno legislatore ha ragionevolmente pensato che negli estesi limiti della maritale amministrazione, non si doveva aggiungere il dritto di donare a puro dono, dappoichè donare vale perdere, e non amministrare. Non può dunque il marito fare dei beni della comunione liberalità fra vivi. La donazione per testamento che diventa atto di disposizione alla morte del disponente, e quando si scioglie la comunione, potrà farsi non solo dal marito, come vedesi nell'art. 1423 (1404 M), ma anche dalla moglie come ora noi diremo, salvo una differenza.

Il divieto s'applica dunque alle disposizioni tra vivi, secondo dice l'art. 1422 (T); ma quale ne è il senso? Queste disposizioni son esse assolutamente interdette al marito, o lo sono perchè senza il volere della moglie, in modo che questa aderendovi potrebbe egli far qualunque donazione? Punto delicato e controverso; ma non ostante le contrarie autorità crediam noi che sia assolutamente interdetto (1).

Come e in qual modo il concorso della moglie potrebbe render valida la gratuita alienazione? Forse perchè la moglie dichiarando consentire all'alienazione fatta dal marito, può far cessare l'incapacità di questo e renderlo abile a compire l'atto proibito dalla legge? No. Da una parte una vera autorizzazione dovrebbe il marito ottenere dalla moglie, ed una tal domanda ripugna alla qualità di marito, di capo della comunione, ed a tutti i principî della nostra materia. Dall'altra parte, la nostra proibizione ha per fine di proteggere la comproprietà della moglie contro le abusive disposizioni del marito; or dichiarandosi valida la disposizione, previo il permesso della moglie, verrebbe meno la protezione, dappoichè la dipendenza della moglie e i grandi poteri del marito non permetterebbero a quella di negare la chiesta autorizzazione. Un marito, a mò di esempio, che vorrebbe far consentire la moglie a donargli l'uno degli immobili comuni, potrebbe minacciarla di punire il suo niego vendendo due o tre di quegli stessi immobili per dissiparne il prezzo, e la moglie dovrebbe dare il voluto consenso... Ci si dirà che il concorso della moglie debba intendersi altrimenti; che nel mentre il marito (non più come amministratore di tutta la comunione, secondo le regole speciali del nostro capitolo, ma secondo i principî generali, e quale proprietario della metà dei beni comuni) donerebbe la sola metà dell'oggetto di cui si vuol disporre, la moglie interverrebbe per donare l'altra metà, e così la donazione si farebbe non dal marito autorizzato dalla moglie, ma dall'una e l'altro disponendo entrambi, ognuno per la sua parte, di ciò che loro è proprio?

Ma ciò sarebbe impossibile, perchè contrario al fine dell'art. 1422 (T), dappoichè la protezione data alla moglie sparirebbe con tal mezzo come col precedente; impossibile per parte della moglie, perchè essa non può affatto disporre dei beni comuni; impossibile anche per parte del marito, dap-

(1) *Conf.* Rodière e Paolo Pont (I-662); Odier (I-225); Devilleneuve (44, 3, 386); Giorgio Delisle (*ibid.*); Bourges, 10 agosto 1840; Caen, 3 marzo 1843 (Dev., 41, 2, 357; 44, 2, 386). Può considerarsi in questo senso una recente decisione, da cui risulta che la donazione tra vivi d'immobili dipendenti dalla comunione fatta dalla moglie non a figli comuni, come a un figlio d'un primo matrimonio del marito, è nulla perchè fatta coll'autorizzazione di questo. Douai, 29 agosto 1845 (Dev., 56, 2, 39); Contr., Delvincourt (III); Duranton (XIV-272); Zachariae (III, p. 437); Troplong (II-903); Poitiers, 10 giug. 1841; Riom, 5 gen. 1844; Parigi, 23 giugno 1849; Rig., 5 febbr. 1850 (Dev., 44, 2, 385; 49, 2, 534; 50, 1, 337). Nel rapportare quest'ultima decisione il compilatore fa una lunga citazione nei due contrarî sensi, in pria del Commentario di Troplong, poi del nostro; e non ostante le ragioni del sapiente magistrato e l'autorità di tal decisione, ci dichiara esser del nostro parere. *Vedi* pure Ricorso; 16 febbr. 1852 (Devilleneuve, 53, 1, 18).

poichè la sua incapacità di gratuitamente disporre, esiste anche per la sua metà, nell'oggetto donato, come per l'altra metà, e non sarebbe tolta dalla donazione che fa (anche inutilmente) la moglie.

Il marito è il capo della comunione; sono a lui devoluti tutti i poteri, quanto ai beni comuni; da lui solo può esser fatto ciò che si può, e quel che non può fare è impossibile a farsi; quando adunque si dice che il marito non può in principio donare i beni comuni, ciò vale che in principio *i beni comuni non possano essere donati*. O rapportandosi al testo dei nostri articoli, o ricorrendo ai lavori preparatori, il sillogismo sarà sempre lo stesso; veruna disposizione di beni comuni può farsi se non dal marito, ora egli non può disporre gratuitamente, dunque in principio la disposizione gratuita è assolutamente interdetta (*Vedi* Fenet, XIII, p. 721).

III.—L'art. 1422 (T) fa due eccezioni al principio, che i beni comuni non possano alienarsi a titolo gratuito: 1° può il marito fare ogni donazione che ei crede giusta se la riguarda il collocamento di un figlio comune; 2° può anche donare a qualunque persona, allorquando la disposizione abbia per oggetto beni mobili donati a titolo particolare, e purchè non se ne riserbi l'usufrutto.

E per il collocamento, o per il matrimonio o per altro di un figlio comune, il marito può donare quel che vuole dei beni comuni. In questo caso la moglie non avrebbe da lagnarsi, essendo la donazione l'adempimento d'un dovere che la natura impone sì a lei che al marito. La legge non restringe punto la sua disposizione (1).

Invano Duranton (XV-281, ediz. del 1844) combatte vivamente e a lungo la decisione con cui la Corte suprema ha così giudicato, pretendendo che anche in questo caso il marito non possa donare i beni comuni in intero, e a titolo universale. Indarno egli oppone che una moglie che non ha beni propri, sarebbe ridotta misera da tale disposizione. Dappoichè da una mano potrebbe la comunione avere beni mobili, e ben sa Duranton, che nonostante il danno che potria ricaderne sulla moglie, può il marito disporre di tutti i mobili che costituiscono la comunione. D'altronde il potersi assorbire d'un tratto per opera di lui tutta la comunione, non esiste forse oltre il caso di cui trattiamo? Non potrebbe il marito vendere in danaro contante tutta la comunione e sprecarnelo al giuoco? Siccome la legge non pon freno alle alienazioni fatte a titolo oneroso, non restringe nè anco le alienazioni gratuite pel collocamento dei figli. Nell'un caso come nell'altro essa riposa sul buon senso del marito, ed il solo mezzo onde garantirsi per l'avvenire, se il marito abusasse, sarebbe la separazione dei beni. Ma fino a tanto che havvi comunione, il dritto del marito è assoluto in questo caso particolare come in tutti gli altri per le alienazioni a titolo oneroso: volerlo ristringere varrebbe arbitrare e correggere la legge, invece di spiegarla (2).

Se però su tal punto siamo del parere della Corte suprema, non sapremmo spingerci con essa, ed ammettere colla decisione del 1844, che il marito possa disporre di tutta la comunione, non solo con donazione tra vivi propriamente detta, ma anche con donazione a causa di morte, o istituzione contrattuale. Il marito può disporre durante la comunione dei beni al presente comuni, a suo piacimento; e rientrano i suoi poteri nei limiti del dritto comune ove disponga per il tempo della sua morte, cioè quando non vi sarà più comunione, non più beni comuni, ma solo beni personali ad ogni coniuge, od ai suoi eredi. Dovendo l'istituzione contrattuale, pari ai legati, avverarsi dopo la morte del disponente, non può farsi dal marito, egualmente come i legati (art. 1423 (1404 II))

(1) Rig., 2 genn. 1844 (Dev., 44, 1, 9). Ma la proibizione dell' art. 1422 (T) essendo in termini generali, ne segue che ella chiama nulla la donazione d'immobili fatta dal marito non pel collocamento dei figli comuni, ma in vantaggio del suo figlio avuto da un precedente matrimonio, quand'anche la donazione fosse a titolo di costituzione di dote. Cass., 4 ag. 1853 (J. P., 1856, t. 1, p. 529).

(2) *Conf.*, Dev.(*loc.inf.cit.*); Paolo Pont e Rodière (I-664); Troplong (II-902); Rig., 2gen. 1844 (Dev., 44, 1, 9).

che per la sua parte di comunione... Vedete i risultamenti che qui darebbe l'istituzione contrattuale. Se la comunione si sciolga o per la morte della moglie, o per separazione di persona o di beni, o in altro modo che non sia per la morte del marito, a chi in tal caso andrebbe la metà della comunione che senza l'istituzione sarebbe appartenuta alla moglie? Non a questa, dappoichè a causa dell'istituzione di tutti i beni comuni, se la fosse valida, la moglie non ha più nulla a pretendere dalla sciolta comunione; non al marito, poichè questi non può, a meno che la moglie rinunzi (e noi nol supponiamo) conservare dopo lo *scioglimento* tutta la comunione, ma *solo la* sua metà; non infine al donatario, perchè soltanto alla morte del marito donante deve effettuirsi la donazione, e svanirebbe il dritto, quand'anche il donatario morisse senza discendenti (articolo 1089 (1044)). A chi dunque apparterrebbe questa metà?

Non è ella falsa la via che s' imprende nell'ammetter valida l'istituzione contrattuale dei beni comuni?

Ad onta la decisione della camera dei ricorsi, e seguendo l'affermazione (molto laconica come spesso inesatta) di Zachariae (III, p. 439) è forza riconoscere che le istituzioni contrattuali, o donazioni di beni futuri son regolate non dall'art. 1422 (T) ma dal 1423 (1404 M), e chesoltanto per donazione tra vivi ordinaria e propriamente detta, cioè di beni presenti, può il marito pel collocamento d'un figlio comune donare quel che gli piacerà ed anche tutta la comunione.

IV. — Non è surto dubbio veruno sulla seconda eccezione che riguarda il divieto delle alienazioni gratuite. Il marito può donare a chi si vuole i suoi beni mobili; la legge però, onde rendergli difficili queste sorta di liberalità, gli vieta di fare, con riserba di usufrutto, alcuna donazione di cui solo i suoi eredi e la moglie risentiranno la perdita, e vuole che egli dia in piena proprietà, onde soffrirne solo il danno ed essere meno propenso a donare. Così, tranne si dovesse collocare un figlio comune, il marito non potrà donargli nè tutta la comunione nè tutti insieme gl'immobili, nè un immobile particolare, nè tutti i mobili; ma solo un bene mobile particolare, una suppellettile, un credito, un capitale, una rendita, ecc. senza potersene riservare lo usufrutto.

Oggi però che i mobili hanno acquistato una non lieve importanza, la eccezione imbarazza non poco. Pare strano invero che il marito, cui si niega di poter dare una casuccia che valga 100 fr., possa poi donar 100,000 fr., di rendita sullo Stato. Quanto non sarebbe stata più esatta, a nostro parere, una disposizione conforme a quella dell'art. 1083 (1038) che gli permette solo di donar cose di poco valore?... Ma *statuit lex*.

Queste donazioni che possono farsi in prò di chiunque, non si potranno a favore di un figlio avuto da un precedente matrimonio per il suo collocamento; poichè in tal caso, benchè quelle sieno valide, la comunione però avrebbe dritto al compenso secondo l'art. 1469 (T), e il marito che avea l'obbligo di collocarlo, soddisfa un debito personale sui beni comuni.

V. — Dicendosi che le donazioni di beni comuni fatte dal marito, tranne le due eccezioni spiegate, sono nulle, non dee intendersi ciò in un modo assoluto: esse non avranno efficacia solo in faccia alla moglie; ma si reputeranno come non avvenute e da non eseguirsi, solo per la parte di comunione che spetta a lei o ai suoi eredi ove accettino; potendosi eseguire direttamente, o per equivalente, sopra la parte della comunione del marito e sopra i suoi beni personali.

Così facendosi la donazione, benchè abbia per oggetto tutta intiera la comunione, rimarrà efficace, finchè questa duri, poichè allora la moglie perderà la sua parte delle rendite dei beni donati, di cui potea disporre a titolo gratuito il marito, secondo la eccezione spiegata. La donazione sarà definitivamente valida, se allo scioglimento la moglie o i suoi eredi rinunciano alla comunione, poichè allora i beni che questa componevano diventano beni personali del

poichè la sua incapacità di gratuitamente disporre, esiste anche per la sua metà, nell'oggetto donato, come per l'altra metà, e non sarebbe tolta dalla donazione che fa (anche inutilmente) la moglie.

Il marito è il capo della comunione; sono a lui devoluti tutti i poteri, quanto ai beni comuni; da lui solo può esser fatto ciò che si può, e quel che non può fare è impossibile a farsi; quando adunque si dice che il marito non può in principio donare i beni comuni, ciò vale che in princip[...] *i beni comuni non possano essere don*[...] O rapportandosi al testo dei nostri ar[...] o ricorrendo ai lavori preparatori, [...] gismo sarà sempre lo stesso; vera[...] sizione di beni comuni può fa[...] dal marito, ora egli non può [...] tuitamente, dunque in prin[...] sizione gratuita è assolu[...] (*Vedi* Fenet, XIII, p. [...]

III.—L'art. 1422 [...] al principio, che i [...]uni non sano alienarsi a [...]a di lei, ma marito fare ogr[...] [...]gli deve tenersi co- giusta se la [...] *unico* della comunione, e un figlio co[...] *donazioni di* beni comuni sono ef- qualunque [...] *si eseguono* su tutto il suo patri- sizione [...] *si prova* poi colla disposizione del- nati [...] *l'art. 1423* (1404 M) il quale tuttochè dichiari ne [...] *che il marito* possa disporre per testa- [...] *mento della* sua porzione di comunione, per- *mette che il* legatario si ristori sugli altri *beni di lui* di quei valori legati che gli fu- *rono tolti* perchè parte della porzione della moglie. L'argomento qui è *a fortiori*, poichè se il marito ha pienissima libertà di disporre dei beni comuni (per rispetto ai terzi) anche con un testamento che deve

egli oppone che un[...] beni propri, sare[...] disposizione. D[...] trebbe la co[...] ben sa Dur[...] che potr[...] marito [...] tuisc[...] ter[...] [...]ità, con [...]imo per [...]ompita es- [...]ella sua au- [...]ò men lungo [...], si scioglie. [...]egasi il princi- [...]il marito non può [...]lo che della sola [...]ni, perchè esso [...]ia dopo la morte [...] non vi sarà più [...]gli disporrebbe dei [...]muni, per il tempo [...]beni suoi personali. [...]ano più le due ecce- [...] donazioni fra vivi; [...]vesse collocare un fi- [...]non potrebbe avvenire [...] per la istituzione con- [...]e che segue la medesima regola) o si disponesse di un bene mobile e particolare, la liberalità sarebbe sempre efficace sulla parte dei beni comuni che nella divisione apparterranno alla moglie.

Intanto, e sebbene giusta questo principio combinato con quello dell'art. 1021 (975) (con cui si dichiara nullo il legato della cosa altrui) il testamento del marito dovesse rimanere inefficace per gli oggetti che nella divisione spetterebbero alla moglie, la legge, avuto riguardo che il marito suol trattare i beni comuni come se gli fossero propri, prescrive che il legato fatto da lui si eseguirà sopra gli altri beni del testatore prendendone il legatario il valore delle cose legate che gli vien tolto dalla moglie (1).

Applicandosi cotesta idea è da deciders

(1) Cotesta idea non è certamente dubbia (essendo *direttamente* dichiarata dal *testo* del nostro articolo), e fa molta meraviglia che Troplong (II-912) ne faccia una quistione, e quel che è più, molto delicata. Il dotto magistrato domanda (assolutamente, come se nulla ne dicesse la legge) *se il legatario* dell'effetto comune legato dal marito, e che spetti alla moglie, *potrà domandar compenso dagli eredi del marito*. Porge dapprima le ragioni per il no; svolge poi, e più a lungo, quelle per il sì, aggiungendo però che siffatte ragioni, già di preponderanti, non lo sono sotto il Codice Napoleone, e che Vinnio non le avrebbe trovate plausibili. Conchiude che Voet, il quale ammetteva il sistema di Vinnio, faceva eccezione per il caso nostro, e dà ad intendere, ma non osa dirlo, che il dritto al compenso, non certo, ma gli pare almeno più probabile. Ma ciò che significa, quando l'articolo a chiare note dice che in questo caso *il legatario riceve l'equivalente dell'intero valore dell'effetto donato, sulla parte spettante agli eredi del marito nella comunione e sopra i beni particolari di quest'ultimo?* Come spiegare siffatta distrazione? Ma ci sorprende ancor più che Troplong, discutendo cotesta che egli chiama quistione, taccia intorno a quistioni molto

[illegible] marito avesse legato tutti i beni [illegible] legatario potrebbe farsi sempre [illegible] beni propri di lui il valore [illegible] comunione tolta dalla mo- [illegible] solo del legato d'uno [illegible] ma siccome è uno in [illegible], e il testo faculta [illegible], non solo sulla [illegible] ettanti a lui. ma [illegible] egresso esiste- [illegible] legato fatto a [illegible] i effetti par- [illegible]

[illegible] 10); Du- [illegible] lo Pont [illegible] edesi- [illegible] dalla [illegible] una [illegible]

[illegible] TT), [illegible] due primi, de- [illegible] mune. La disposizione [illegible] (per rispetto ai terzi) al le- [illegible] fatto dal marito di beni comuni che non entrano nella sua porzione, è un'eccezione ai principi generali, del pari che quelle secondo cui il marito può donare *fra vivi* questi medesimi beni con certe *condizioni*, ed alienarli, come gli talenta, a titolo oneroso. Privilegi derivanti a lui dalla sua qualità di capo supremo della comunione, di amministratore che è pari ad un esclusivo proprietario; quindi la moglie *non* può allegare nè l'art. 1423 (T) nè gli art. 1421, 1422 (1396 M, T). I nostri legislatori, come ben si comprende, han declinato dal principio della nullità del legato della cosa altrui per il marito autorizzato e solito a padroneggiare i beni della comunione, ma non già assolutamente e per rispetto alla moglie di cui debbono qui osservarsi i dritti, ma per rispetto al *legatario* al quale permisero di prendere sugli altri beni del marito lo equivalente di ciò che gli fu legato e che spettò alla moglie. Ciò era per loro più naturale, perchè vedevano anche più ristretti i poteri che aveva il marito nell'antico dritto: « il dritto consuetudinario, dice il rapporto al Tribunato, gli dava la facoltà di dare *tutti i beni mobili ed immobili* o con atto fra vivi *o con testamento* ». (Fenet, t. XIII, p. 720). Ma per la moglie non era così; non poteva quindi parer duro che ella potesse testare dei beni della comunione giusta i principi generali, mentre non può affatto disporre di essi; e conosce qual grande differenza interceda fra essi beni comuni e i suoi propri, nè può mai dimenticarsi che ella può disporne, quando sciolta la comunione, ne accetti solo la metà. Può dunque il testamento della moglie essere efficace unicamente secondo il dritto comune, e non secondo il privilegio dello art. 1423 (T).

Posto ciò, se la moglie dichiara di legare in generale la sua parte di beni comuni o una frazione di essi, o se abbia disposto di beni determinati che entrano poi nella sua porzione, il legato sarà validissimo; ma se ella ha legato o i due terzi, i tre quarti, o tutta la comunione, ovvero beni particolari che non le spettino, il legato è nullo, giusta l'art. 1421 (1396 M) per lo eccesso della sua porzione.

Ricordiamo che il fin qui detto pei legati si applica similmente alle donazioni di beni futuri, e che la regola diversa dell'art. 1422 (T) è propria per le donazioni fra vivi propriamente dette, cioè di beni presenti. Così da una parte, il marito non può, nemmeno per collocare figli comuni o per dare mobili particolari, disporre con una donazione di beni futuri (nè quindi di beni presenti e futuri) di cose che entrino nella porzione della moglie (salvo al legatario di prendere lo equivalente sugli altri beni del marito); d'altra parte, la moglie può disporre della sua porzione e con donazione di beni futuri e con testamento, autorizzata nel primo caso, ma non già nel secondo.

imbarazzanti, e massime se debba applicarsi anche al legato della moglie ciò che dice il nostro articolo del legato del marito.

1424, 1425, 1426, 1427 (TT, 1397, 1398). — Questi quattro articoli sono più sopra spiegati in seguito dell'artic. 1420 (T).

§ 2. — *Dell'amministrazione dei beni propri.*

1428 (1399). — Il marito ha l'amministrazione di tutti i beni della moglie.

Può esercitare egli solo tutte le azioni su' beni mobili, e le azioni possessorie che appartengono alla moglie.

Non può alienare gl'immobili particolari della moglie senza il di lei consenso.

È tenuto per qualunque danno avvenga a' beni particolari della moglie per mancanza di atti di conservazione.

SOMMARIO

I. L'amministrazione dei beni della moglie è affidata al marito. Egli, sotto questo rapporto, sarà un semplice amministratore ordinario. Avrà tutte le azioni mobiliari; ma, per gl'immobili, potrà solo agire nel possessorio: controversia. — Del resto queste azioni affidate al marito, potranno, ove occorra, esercitarsi dalla moglie autorizzata dal magistrato.

II. Il marito non potrà alienare nè gl'immobili della moglie, nè i mobili che costituiscono beni propri perfetti.

III. La moglie in comunione potrà rivendicare gl'immobili alienati dal marito solo in metà. Si rigettano i due sistemi contrari.

IV. Il marito, nella qualità di amministratore, dovrà rispondere della conservazione dei beni della moglie; egli specialmente dovrà fare eseguire le riparazioni non ordinarie, ed interrompere le prescrizioni. Ma se la moglie accetta la comunione, potrà domandare una metà del ristoro.

V. Rimando pei beni donati alla moglie, con condizione che si amministrino da lei stessa.

I. — Il marito sotto la regola di comunione legale, come sotto qualunque altra, ritiene l'amministrazione dei suoi beni personali. La moglie invece con la perdita del godimento dei suoi beni proprî, quali vanno nella comunione, ne perde anche l'amministrazione affidata al marito con quella dei beni comuni (1). Ma i dritti del marito amministratore non sono presso a poco i medesimi sui beni proprî della moglie, come sui beni comuni; e nel mentre per quest'ultimi ha poteri quasi illimitati e somiglianti a quelli di un proprietario esclusivo, ha per gli altri quelli di un amministratore ordinario della cosa altrui.

Il nostro articolo dunque dà al marito l'esercizio di tutte le azioni mobiliari (2), ma fra quelle immobiliari egli può intentare le possessorie, non già le petitorie. In una causa adunque relativa ai mobili proprî della moglie, potrà il marito intentare l'azione, o difendersi senza il concorso della moglie, e quel che sarà giudicato per o contro di lui, lo sarà parimente per essa. Per gl'immobili sarà lo stesso nel possessorio; ma se la quistione sarà di proprietà, il marito non potrà più introdurre l'azione, nè rispondervi. Vero che Toullier (XII-384), dopo lui Battur (I-552) e una decis. de'ricorsi (del 15 maggio 1832) niegano quest'ultima idea, e dànno al marito anche nel petitorio, il dritto di agire per la moglie; ma è questo un errore.

Vano è il dire di Toullier che il testo della legge non nega al marito le azioni petitorie, e che su ciò si tace; dappoichè trattandosi di dritti che appartengono in proprio alla moglie, il marito non può esercitare il tale o tal altro se non perchè il testo glielo permetta, e non già perchè non glielo neghi; la camera dei ricorsi contraddice la sua prima idea in una decisione

(1) Paolo Pont e Rodière (tom. I, n. 673); Troplong (tom. II, n. 973).

(2) E con più ragione ha egli il dritto di metter mano ai capitali mobiliari della moglie. Angers, 29 genn. 1842; Rig., 25 luglio 1843 (Dev. 42, 2, 424; 51, 1, 258). *Sic* Rodière e Paolo Pont (tom. I, n. 679).

posteriore in cui giudica non potere il marito fare in un incanto un'offerta maggiore in nome della moglie, perchè ciò lo trarrebbe allo acquisto della proprietà, se non si faccia altra maggiore offerta. Il più degli scrittori riconosce del pari non avere il marito capacità di agire pel petitorio (1).

Ben si vede che solo per la nuda proprietà il marito sia incapace, e che possa agire in petitorio anche per gl'immobili della moglie in quel che riguarda l'usufrutto di essi; ma allora non più qual amministratore dei beni della moglie egli agisce, bensì qual capo della comunione usufruttuaria dei beni proprî dei coniugi.

Ma non perchè può il marito esercitare le *azioni mobiliari* o possessorie della moglie, deve inferirsi che questa non potrebbe da per sè esercitarle. Se il marito si ricusasse d'intentare la tale azione, non vi è ragione perchè la moglie non possa farlo coll'autorizzazione del magistrato: trattasi di conservare il patrimonio della moglie, e non si può volere ch'ella si appaghi di potere un giorno ricorrere contro il marito e forse illusoriamente, nel mentre ha un mezzo tanto semplice per prevenire il danno che la minaccia.

In una causa sostenuta dal marito, ella ha sempre dritto ad intervenire, per tema che questi si colluda o pecchi di trascuranza: come dunque non riconoscere che ella abbia il dritto di fare da sè quando il marito si neghi?

Il nostro testo non si oppone a tal soluzione, dicendo che le azioni di cui è parola *possono* essere esercitate dal marito, senza dire in alcun modo che esse lo debbano (2).

II.—Sendo il marito un semplice amministratore, non potrebbe affatto alienare i beni proprî della moglie. Può ben egli alienare il dritto di godimento di questi proprî, che non appartiene più alla moglie, ma alla comunione: il marito può dunque disporne come di tutti gli altri beni comuni, e sarebbe del tutto valida la concessione che ei farebbe (a titolo oneroso o a titolo gratuito nei limiti della legge) su di un'immobile personale della moglie, di un usufrutto che dee cessare sciolta che sia la comunione (3).

Ma se egli può, non più quale amministratore dei beni proprî e secondo il nostro art. 1428 (1399), ma qual capo della comunione e secondo gli art. 1421-1422 (1396 M, T), alienare l'usufrutto dei beni della moglie, non può mai alienare gli stessi beni, cioè trasmettere ad altri (*alienum facere*) nè il dominio, nè parte alcuna di esso (4).

Benchè il nostro articolo parli solo degli immobili, l'incapacità di alienare si applica pure ai beni proprî mobiliari della moglie. I mobili detti ordinariamente proprî, che lo sono impropriamente parlando, e chiamati da noi proprî imperfetti, potranno essere alienati dal marito, perchè come si è visto, essi non sono realmente proprî, e quel che è tale non è *la cosa* ma semplicemente il credito che ha per oggetto o una cosa simile alla prima o un denaro che rappresenta il valore di essa: in tal caso la comunione, per mezzo del suo debito verso la moglie, è proprietaria del bene mobile chiamato imperfettamente proprio, ed il marito quindi può disporne come di ogni altra cosa comune. Ma dei mobili che costituiscono i proprî perfetti, il marito non può certamente disporre; ed

(1) Rig., 16 dic. 1840 (Dev., 41, 1. 237); Duranton (XIV-316); Glandaz (n. 235), Zachariae (III-p. 442); Odier (I-273); Rodière e Paolo Pont (I, 681).

(2) *Conf.* Duranton (XIV-317); Odier (I-272), Rodière e Paolo Pont (I-681); Duvergier, sopra Toullier (XII-383).

(3) Similmente può il marito consentir da sè, e senza il concorso della moglie, lo scioglimento del fitto di un immobile a questa personale, e che abbia ancora la durata di quindici anni; transigendo intorno una difficoltà insorta fra la moglie e il locatario, non essendo ciò fuori i poteri dell'amministratore. Parigi, 26 aprile 1850 (Dev., 51, 2, 796).

(4) La vendita da lui consentita è talmente nulla, che l'acquirente non potrebbe intervenire alla divisione della successione da cui dipendeva l'immobile, nè qual proprietario di esso, poichè il marito non ha potuto conferirgli alcun dritto, nè qual creditore del marito, a causa di danni-interessi che egli potrebbe ripetere da lui per la nullità della vendita (Rig., 10 giugno 1844; Dev., 44, 1, 113).

a torto parecchi scrittori antichi e moderni hanno assolutamente ammesso e senza tal distinzione, che il marito possa alienare (1).

Che invocare infatti per istabilire tal preteso dritto del marito? Si dirà forse che il nostro articolo proibendo al marito di alienare gl'immobili proprî della moglie, non parli dei mobili? Ma il suo silenzio si spiega chiaramente col dire che essendo i mobili proprî, sotto la comunione legale, un'eccezione, appare chiaro il perchè il legislatore non vi ha punto badato. Si dirà forse che potendo il marito intentare tutte le azioni mobiliari della moglie, potrà anche alienare tutti i di lei mobili? Ma quest'argomento è mal fondato: il dritto d'intentare un'azione non include quello di disporre dell'oggetto di essa azione; poichè se il tutore autorizzato dal consiglio di famiglia può intentare un'azione immobiliare (art. 464 (387)), non potrà egli con questa semplice autorizzazione alienare un immobile (art. 457 (380)).

Si faranno scudo da ultimo, come spezialmente fa Troplong, dell'art. 1503 (T)? Ma questo articolo, fatto per il caso in cui i coniugi dichiarino di mettere in comunione i loro mobili fino alla concorrenza d'una determinata somma, ritenendo il dippiù in proprio, dichiara che ciascun coniuge allo scioglimento può riprendere *il valore* che ha il suo mobile oltre la somma da lui promessa; or poichè il dippiù si può riprendere non in natura, ma solo per equivalente, la comunione, pagando il compenso, sarà proprietaria dell'intiero mobile, quantunque i coniugi se ne sieno riservata una parte. Ma non v'è punto analogia fra i due casi: se il coniuge, anzichè dare alla comunione una somma, le dà i suoi mobili fino alla concorrenza, la comunione potrà venderli per ricavare la somma, salvo a dar conto del dippiù del valore che ne abbia ritratto; ma se non si voglia mettere in comunione puramente e semplicemente il tale o tal'altro mobile, non v'ha motivo per cui quella possa disporne.

È necessario adunque ritornare al dritto comune, giacchè nessun testo speciale vi deroga, ed applicare i principî generali, secondo cui non si può alienar cosa senza il volere del proprietario, il che sorge abbastanza chiaro dallo artic. 818 (737), il quale niega al marito, sì pei mobili che per gl'immobili, l'azione di divisione delle eredità pervenute alla moglie, quando non devono entrare nella comunione. È questa infatti la dottrina del più degli scrittori, consacrata dalla Corte suprema, e alla quale si attenne al 1839 la Corte di appello di Parigi, dopo averla rigettata al 1837 con due decisioni del 21 gennaro, e 15 agosto (2).

III. — Si è molto controverso, sì dagli antichi scrittori che dagli interpreti del Codice, sui dritti che allo scioglimento della comunione spettano alla moglie, cui è stato alienato un immobile dal marito, quando essa accetta la comunione. Se la moglie vi rinunzia, tutti son d'accordo che la possa rivendicare il suo immobile; ma se accetta, soggiacendo così per metà alle obbligazioni della comunione, avrà ella ancora lo stesso dritto?... Intorno a ciò vi ha tre sistemi.

Un primo sostenuto da Pothier (che lo abbandonò poi), e seguito dopo il Codice da Toullier e da altri scrittori (3), inse-

(1) Lebrun (lib. 2, cap. 2, n. 5); Pothier (*Com.*, numero 325); Delvincourt (tom. III); Merlin (*Rep.*, alla parola *Realizzazione*, § 1, n. 4); Troplong (II, 982, e III-1936, 1937). Giudicato che la moglie non può pretendere il dritto di esercitare la ricupera in ispecie di un bene proprio, quando dalle clausole del contratto di matrimonio, sorge di dover lei esercitare la ricupera solo in valori. Rig., 25 febb. 1852 (Dev., 52, 1, 332).

(2) Toullier (XII-379); Duranton (XIV-318); Zachariae (III, p. 516 517); Championnière e Rigaud (IV-2896); Rodière e Paolo Pont (I-683 e II, numeri 50 53); Odier (II-728); Duvergier (sopra Toullier); Parigi, 23 febb. 1835; Parigi, 15 febb. 1839; Rig., 2 luglio 1840 (Dev., 35, 2. 68; 40, 2, 212; 40, 1, 887); Parigi, 3 genn. 1852 (Dev., 52, 2, 133). — *Vedi* intanto Ric., 25 luglio 1843 (Devill., 51, 1, 258).

(3) Pothier (*Vendita*, I-179), Prèvot de la Janès (II-313); Toullier (XII-226); Dalloz (X, p. 262); Troplong (*Vendita*, I-463; e *Contratto di matrimonio*, II-730-733); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Amiens, 18 giugno 1814; Bordeaux, 30 apr. 1844 (Dev., 44, 2, 536).

gna che la moglie può rivendicar solo la metà del suo immobile, poichè ella, dovendo per metà garantire l'acquirente del danno cagionatogli dall'evizione, non può esercitar l'evizione per questa metà, giusta la regola *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Il secondo professato da Lebrun, Duranton, Paolo Pont e Rodière, ecc. (1), vuole che la moglie possa rivendicar l'intiero, salvo a pagare all'acquirente la metà del prezzo di acquisto, e dei danni-interessi cui questi può aver dritto.

Il terzo, adottato dopo da Pothier, e sotto il Codice da Merlin (2), ammette parimente che la moglie possa rivendicar l'intiero *immobile*, pagando la sua metà *semplicemente* del prezzo d'acquisto, non già dei danni-interessi, poichè secondo questo sistema son dovuti dal marito personalmente.

Il secondo di questi sistemi non può ammettersi, e si confuta da sè stesso.

Poichè delle due cose l'una: o si riconoscerà che la comunione deve garantire l'acquirente del danno dell'evizione, e allora si dovrà pure riconoscere, col primo *sistema*, che la moglie la quale accettando deve per metà, non potrà poi ripeterla; o si dirà che il marito è tenuto personalmente in faccia ai terzi, e allora siccome è vero che la moglie può rivendicare per *il tutto*, sarà vero parimente, secondo il *terzo sistema*, che essa non sia tenuta alla metà dei danni-interessi dovuti all'acquirente.

Pretender in una volta, come fanno Lebrun, Renusson, Duranton, Rodière e Paolo Pont, ecc., che la moglie per la sua metà sia tenuta alle conseguenze dell'evizione, e che possa far nondimeno la evizione per l'intero, importa insegnare insieme il sì e il no. Dunque a ragione Pothier, notando la contraddizione di questo sistema di mezzo, lasciando il primo ha adottato il terzo; la scelta dunque dee cadere fra questi due.

Ma non ci par dubbio che debba seguirsi il primo. Infatti, se il marito ha venduto l'immobile della moglie come proprio di lei e agendo per lei, ovvero se lo ha venduto come suo, ma di buona fede, il debito di garanzia può ripetersi contro la comunione su cui diffinitivamente grava. Se il marito ha venduto l'immobile come suo di mala fede, e si è reso colpevole di stellionato (articolo 2059 (T)), la comunione allora è tenuta diffinitivamente per il prezzo della vendita, e il dippiù, cioè i danni ed interessi debbono pagarsi dal marito che li deve personalmente, poichè derivano dal suo delitto; ma non si dimentichi che anche allora, conforme all'articolo 1424 (T), deve pagare la comunione, salvo il compenso; il debito che è personale al marito nei suoi rapporti con la moglie è pur debito di comunione nei rapporti della moglie col creditore. Quindi in tutti i casi la garanzia è per rispetto agli acquirenti non dovuta dal marito, ma dalla società coniugale, di cui la moglie è tenuta per metà, non avendo rinunziato alla sua qualità di socia (3). È necessario pertanto attenerci al primo sistema.

Ma si dice, il marito così spoglierebbe indirettamente dei suoi beni la moglie e la

(1) Lebrun (lib. 3, cap. 2, sez. 1, dist. 1); Renusson (part. 1, cap. 6, n. 64); Bourjon (I-p. 576); Duranton (XIV-321); Zachariae (III, p. 450); Paolo *Pont* e Bodière (I-686); Odier (t. I, n. 279 e seg.). — *Zachariae* cita Toullier, e Rodière e Paolo Pont citano Glandaz, siccome dello stesso sistema. Ma sì l'uno che gli altri vanno errati: Toullier sostiene il primo sistema ben a lungo e con molta energia, e Glandaz si appiglia al terzo.

(2) Pothier (*Comun.*, n. 253); Merlin (*Rep.*, alla parola *Comunione*, § 3, num. 6); Battur (I-308); Glandaz (n. 166); Toullier (t. V, p. 100).

(3) Glandaz con una nuova idea vuol combattere il primo, e sostenere il terzo sistema; ma tale idea è tanto inesatta, quanto sarebbe diffinitiva se vera. Egli non volendo riconoscere che la moglie la quale accetta sia pur tenuta al debito di garenzia, dice, non esister tal debito (nemmeno per il marito): secondo lui l'acquirente si ritiene di pieno dritto e necessariamente conscio che la cosa non appartenga al marito, egli è di necessità di mala fede, non potendosi mai ignorare la condizione di colui con cui si contrae. Questo preteso principio che renderebbe acquirenti di mala fede tutti coloro che acquistano *a non domino*, e toglierebbe di un tratto la prescrizione di dieci o vent'anni, non c'è bisogno che si confuti; la mala fede è una eccezione che dee positivamente provarsi.

laienazione di lui avrebbe effetto per metà; or la legge vuole assolutamente vietare ogni alienazione fatta senza il volere della moglie, tanto se avrebbe luogo indirettamente per effetto di una garanzia, quanto se deriverebbe da una concessione immediatamente valida: in breve non può mai avvenire con qualsivoglia combinazione che la moglie si vegga privata di un bene suo proprio senza il suo consenso. — La quale obbiezione intorno a cui insistono specialmente Zachariae, Paolo Pont e Rodière e ne fanno la loro principale ragione, non è affatto soda. — Qualunque proprietario, fosse anche la moglie, non può in generale veder passare in altre mani i suoi beni senza la sua volontà: anco nel caso di espropriazione forzata la proprietà si perde per lo più per volontà del debitore, poichè contraendo questi un debito ha con ciò impegnati i suoi beni e consentito, chiedendolo il bisogno, ad esser venduti onde soddisfare il debito. Un bene proprio della moglie non può dunque esserle tolto senza la sua volontà; anche nel nostro caso evvi la volontà sua, dappoichè i beni le si ritolgono non per la alienazione fatta dal marito, bensì per l'accettazione della comunione con cui la moglie si è per parte sua spontaneamente obbligata a garentire. Se il marito non può nè direttamente, nè indirettamente alienare la cosa della moglie, non può lo zio alienare i beni del nipote, nè un amico quelli dell'amico; ma se mio zio dopo di aver venduto il mio immobile muore lasciandomi suo erede, o se il mio amico nella stessa ipotesi muore facendomi suo legatario universale, senza fallo accettando la eredità del primo, o il legato del secondo non potrà molestare il compratore, e così la moglie accettando la comunione si sottopone volontariamente per la metà sua all'obbligo di garanzia imposta a quella, e per ciò alla impossibilità di rivendicare.

Bisogna adunque attenersi al primo sistema, e le decisioni che conosciam noi aver trattato tal quistione l' han giudicato nello stesso modo. (Amiens. 18 giug. 1814; Bordeaux, 30 aprile 1834; *Vedi* più sopra le note).

IV. — Incaricato il marito di amministrare i beni della moglie è tenuto conservarli, quindi dall'ultima disposizione del nostro *articolo* è dichiarato risponsabile del *deperimento* cagionato da mancanza di atti conservatorî tra i quali sono in primo luogo le riparazioni da fare e le prescrizioni da interrompere (1). Quanto alle riparazioni, quelle di manutenzione si fanno dal marito, non quale amministratore dei beni della moglie, ma come capo della comunione che li prende a suo carico, perchè usufruttuaria dei beni proprî. Le straordinarie invece si fanno per conto della moglie, si pagano dalla comunione salvo il compenso, e debbono farsi eseguire a cura e risponsabilità del marito *amministratore*.

Le prescrizioni secondo l'articolo 2254 (2160) corrono contro la moglie in comunione pei beni amministrati dal marito, come contro un proprietario capace; e secondo lo stesso articolo il marito *che* è obbligato interromperle, è responsabile ove elle mai si compiano. In sulle prime tale regola può sembrare rigorosa contro il marito per le prescrizioni che correvano da più di un anno, quando fu celebrato il matrimonio, non potendo essere interrotte che con un'azione petitoria; mentre poi le azioni possessorie consentite al marito, debbono intentarsi dentro non oltre l'anno del possesso. Ma siccome il marito deve agire nel petitorio, onde rivendicare alla comunione l'usufrutto degl'immobili della moglie posseduti ingiustamente da terzi, e così interromperebbe la prescrizione che corre contro la moglie, non eravi perchè togliere la responsabilità al marito per le prescrizioni anteriori al matrimonio. È chiaro che la rivendica dell'usufrutto farà cessare la

(1) Si è giudicato pure che il marito sia risponsabile dell'impiego del denaro retratto dalla alienazione dei beni proprî della moglie, quand'anche questo sia stato fatto dalla stessa moglie, quale procuratrice del marito. Rig., 8 febbr. 1853 (Dev., 53, 1, 425).

prescrizione, dovendo ella ammettersi sulla pruova del dritto di proprietà della moglie. Ben vedesi come i danni-interessi dovuti dal marito per mancanza di atti conservatori, essendo debito della comunione, non può la moglie ottenerli per intiero, che rinunziando: se essa accetta, il debito diventa in metà suo, e soltanto per l'altra metà può rivolgersi contro il marito o suoi rappresentanti.

V.—Si è già detto (art. 1389 (1343), n. VI) come la regola dell'amministrazione dei beni della moglie che può non essere tra coniugi (potendo la moglie separarsi di beni o avere parafernali) non sia d'ordine pubblico e possa esser tolta, per qualcuno dei beni della moglie in comunione d'altronde, sia con una clausola del contratto, o per una condizione della donazione, che dà questi beni alla moglie. Non potrebbe darsi di certo a costei l'amministrazione dei beni, il cui godimento sarebbe del resto lasciato al marito, molto meno ad un terzo: sarebbe questo uno insulto alla dignità maritale e contro a' buoni costumi. Ma essendo l'amministrazione riservata alla moglie insieme col godimento, non vi ha nulla d'illecito. Ritorneremo su tale idea combattuta da qualche giureconsulto, ma ammessa a ragione dal più degli scrittori e delle decisioni. (Vedi l'articolo 1543 (1356), III).

1429 (1400). — Gli affitti de' beni della moglie che il marito da sè solo abbia convenuti per un tempo più lungo di nove anni, nel caso dello scioglimento della comunione, non obbligano nè la moglie nè i di lei eredi, se non pel tempo che rimane a decorrere, sia del primo periodo del novennio, se non fosse ancora trascorso, sia del secondo, e così successivamente; di maniera che il fittajuolo non abbia se non il dritto di godere del fondo locato soltanto sino al compimento del periodo nel quale si trova.

1430 (1401). — Gli affitti de' beni della moglie per un novennio, o a minor tempo, che il solo marito ha convenuti o rinnovati più di tre anni prima di spirar lo affitto corrente, se tali beni sien rustici, e più di due anni prima di detta epoca, se i detti beni consistano in case, non hanno veruno effetto: purchè non si sieno cominciati ad eseguire prima che si sciogliesse la comunione.

SOMMARIO

I. Il fitto che fa il marito per più di nove anni obbliga la moglie per il tempo che resta allo scioglimento. Quello che farebbe il marito più di due o tre anni prima, obbliga la moglie se incominciato al tempo dello scioglimento.

II. Quest'ultima regola si applica a tutti gli affitti, sorpassino o pur nò i nove anni: errore di Proudhon. Viceversa, il fitto al di là di nove anni è sempre nullo quando non incomincia pria dello scioglimento, quantunque fatto due o tre anni prima.

III. La nullità può essere solo richiesta dalla moglie non dal fittaiuolo. Se ambi i coniugi avessero consentito il fitto, questo sarebbe obbligatorio in qualunque ipotesi. Quando lo inadempimento del fitto, che si fa in contravvenzione ai nostri articoli dà luogo a ristoro?

I.—Non si potevano restringere alla durata della comunione i fitti consentiti dal marito sui beni della moglie, e quindi farsi cessare immediatamente per il suo scioglimento; in questo modo il marito difficilmente avrebbe trovato affittuari. Nè si poteva dichiarare obbligatorio per la moglie qualunque fitto consentito dal marito per lungo che fosse. Si adottò un partito di mezzo nell'art. 1429 (1400), ed è che il fitto si facesse al più per nove anni. Se la durata è maggiore, la si divide in periodi di nove anni per uno (eccettone l'ultimo che può esser minore), e sciolta che è la comunione, continua il fitto per il tempo che resta del periodo in cui si tro-

marito, il quale donandoli dispone della cosa sua. Che se la moglie accetta, la donazione è nulla per lei, la comunione si divide come se quella non avesse avuto luogo. (eccettone per le rendite di beni donati come si è detto) e la moglie prende la sua porzione nelle mani del donatario, come la prenderebbe nella casa se non ne fosse uscita. Ma il donatario non perde nulla, poichè riprende lo equivalente della porzione che restituisce alla moglie, o sulla porzione del marito nei beni comuni, che sono sopravvenuti dal giorno della donazione allo scioglimento, o sui suoi beni proprî.

A primo aspetto può far meraviglia che il donatario abbia un regresso sugli altri beni del marito, un dritto di esecuzione indiretta e con equivalenti; ma facilmente ciò si spiega o si prova. Si spiega combinando queste due idee, che per rispetto alla moglie il marito è un comproprietario che colle sue donazioni non può annullare la comproprietà di lei, ma che rispetto ai terzi egli deve tenersi come proprietario unico della comunione, e le sue donazioni di beni comuni sono efficaci e si eseguono su tutto il suo patrimonio. Si prova poi colla disposizione dell'art. 1423 (1404 M) il quale tuttochè dichiari che il marito possa disporre per testamento della sua porzione di comunione, permette che il legatario si ristori sugli altri beni di lui di quei valori legati che gli furono tolti perchè parte della porzione della moglie. L'argomento qui è *a fortiori*, poichè se il marito ha pienissima libertà di disporre dei beni comuni (per rispetto ai terzi) anche con un testamento che deve eseguirsi dopo cessata la sua autorità, con più ragione dev' essere il medesimo per una donazione fra vivi che si è compita essendo egli nel pieno esercizio della sua autorità, e si è eseguita da più o men lungo tempo quando la comunione si scioglie.

VI. — Dal fin qui detto spiegasi il principio dell'art. **1423** (**1404 M**). Il marito non può mai disporre per testamento che della sola parte dei suoi beni comuni, perchè esso è un atto che ha efficacia dopo la morte del disponente, quando non vi sarà più comunione; cotalchè egli disporrebbe dei beni presentemente comuni, per il tempo in cui essi saranno beni suoi personali. Qui dunque non entrano più le due eccezioni ammesse per le donazioni fra vivi; e quand'anche si dovesse collocare un figlio comune (il che non potrebbe avvenire per testamento, ma per la istituzione contrattuale che segue la medesima regola) o si disponesse di un bene mobile e particolare, la liberalità sarebbe sempre efficace sulla parte dei beni comuni che nella divisione apparterranno alla moglie.

Intanto, e sebbene giusta questo principio combinato con quello dell'art. 1021 (975) (con cui si dichiara nullo il legato della cosa altrui) il testamento del marito dovesse rimanere inefficace per gli oggetti che nella divisione spetterebbero alla moglie, la legge, avuto riguardo che il marito suol trattare i beni comuni come se gli fossero proprî, prescrive che il legato fatto da lui si eseguirà sopra gli altri beni del testatore prendendone il legatario il valore delle cose legate che gli vien tolto dalla moglie (1).

Applicandosi cotesta idea è da decidersi

(1) Cotesta idea non è certamente dubbia (essendo *direttamente* dichiarata dal *testo* del nostro articolo), e fa molta meraviglia che Troplong (II-912) ne faccia una quistione, e quel che è più, molto delicata. Il dotto magistrato domanda (assolutamente, come se nulla ne dicesse la legge) *se il legatario* dell'effetto comune legato dal marito, e che spetti alla moglie, *potrà domandar compenso dagli eredi del marito*. Porge dapprima le ragioni per il no; svolge poi, e più a lungo, quelle per il sì, aggiungendo però che siffatte ragioni, già dì preponderanti, non lo sono sotto il Codice Napoleone, e che Vinnio non le avrebbe trovate plausibili. Conchiude che Voet, il quale ammetteva il sistema di Vinnio, faceva eccezione per il caso nostro, e dà ad intendere, ma non osa dirlo, che il dritto al compenso, non certo, ma gli pare almeno più probabile. Ma ciò che significa, quando l'articolo a chiare note dice che in questo caso *il legatario riceve l'equivalente dell'intero valore dell' effetto donato, sulla parte spettante agli eredi del marito nella comunione e sopra i beni particolari di quest' ultimo?* Come spiegare siffatta distinzione? Ma ci sorprende ancor più che Troplong, discutendo cotesta che egli chiama quistione, taccia intorno a quistioni molto

che ove il marito avesse legato tutti i beni comuni, il legatario potrebbe farsi sempre rilasciare sui beni proprî di lui il valore della metà della comunione tolta dalla moglie. Il testo parla solo del legato d'uno oggetto particolare; ma siccome è uno in tutti i casi il principio, e il testo faculta il regresso del legatario, non solo sulla parte dei beni comuni spettanti a lui, ma perfino sui suoi proprî, il regresso esisterebbe certamente e per il legato fatto a titolo universale, e per quello di effetti particolari.

Zachariae (III. p. 439, *nota* 10); Duranton (XIV-280) e Rodière e Paolo Pont (I-671) insegnano doversi dire il medesimo per *il legato* di beni comuni fatto dalla *moglie*; ma a sentimento nostro la è una idea inesattissima.

I nostri art. 1421, 1422, 1423 (1396 M, TT), l'ultimo, non meno che i due primi, derogano al dritto comune. La disposizione che dà effetto (per rispetto ai terzi) al legato fatto dal marito di beni comuni che non entrano nella sua porzione, è un'eccezione ai principî generali, del pari che quelle secondo cui il marito può donare *fra vivi* questi medesimi beni con certe condizioni, ed alienarli, come gli talenta, a titolo oneroso. Privilegi derivanti a lui dalla sua qualità di capo supremo della comunione, di amministratore che è pari ad un esclusivo proprietario; quindi la *moglie non* può allegare nè l'art. 1423 (T) nè gli art. 1421, 1422 (1396 M, T). I nostri legislatori, come ben si comprende, han declinato dal principio della nullità del legato della cosa altrui per il marito autorizzato e solito a padroneggiare i beni della comunione, ma non già assolutamente e per rispetto alla moglie di cui debbono qui osservarsi i dritti, ma per rispetto al legatario al quale permisero di prendere sugli altri beni del marito lo equivalente di ciò che gli fu legato e che spettò alla moglie. Ciò era per loro più naturale, perchè vedevano anche più ristretti i poteri che aveva il marito nell'antico dritto: « il dritto consuetudinario, dice il rapporto al Tribunato, gli dava la facoltà di dare ***tutti i beni mobili ed immobili*** o con atto fra vivi *o con testamento* ». (Fenet, t. XIII, p. 720). Ma per la moglie non era così; non poteva quindi parer duro che ella potesse testare dei beni della comunione giusta i principî generali, mentre non può affatto disporre di essi; e conosce qual grande differenza interceda fra essi beni comuni e i suoi proprî, nè può mai dimenticarsi che ella può disporne, quando sciolta la comunione, ne accetti solo la metà. Può dunque il testamento della moglie essere efficace unicamente secondo il dritto comune, e non secondo il privilegio dello art. 1423 (T).

Posto ciò, se la moglie dichiara di legare in generale la sua parte di beni comuni o una frazione di essi, o se abbia disposto di beni determinati che entrano poi nella sua porzione, il legato sarà validissimo; ma se ella ha legato o i due terzi, i tre quarti, o tutta la comunione, ovvero beni particolari che non le spettino, il legato è nullo, giusta l'art. 1421 (1396 M) per lo eccesso della sua porzione.

Ricordiamo che il fin qui detto pei legati si applica similmente alle donazioni di beni futuri, e che la regola diversa dell'art. 1422 (T) è propria per le donazioni fra vivi propriamente dette, cioè di beni presenti. Così da una parte, il marito non può, nemmeno per collocare figli comuni o per dare mobili particolari, disporre con una donazione di beni futuri (nè quindi di beni presenti e futuri) di cose che entrino nella porzione della moglie (salvo al legatario di prendere lo equivalente sugli altri beni del marito); d'altra parte, la moglie può disporre della sua porzione e con donazione di beni futuri e con testamento, autorizzata nel primo caso, ma non già nel secondo.

imbarazzanti, e massime se debba applicarsi anche al legato della moglie ciò che dice il nostro articolo del legato del marito.

1424, 1425, 1426, 1427 (TT, 1397, 1398). — Questi quattro articoli sono più sopra spiegati in seguito dell'artic. **1420** (T).

§ 2. — *Dell'amministrazione dei beni propri.*

1428 (1399). — Il marito ha l'amministrazione di tutti i beni della moglie.

Può esercitare egli solo tutte le azioni su' beni mobili, e le azioni possessorie che appartengono alla moglie.

Non può alienare gl'immobili particolari, della moglie senza il di lei consenso.

È tenuto per qualunque danno avvenga a' beni particolari della moglie per mancanza di atti di conservazione.

SOMMARIO

I. L'amministrazione dei beni della moglie è affidata al marito. Egli, sotto questo rapporto, sarà un semplice amministratore ordinario. Avrà tutte le azioni mobiliari; ma, per gl'immobili, potrà solo agire nel possessorio: controversia. — *Del resto queste azioni affidate al marito, potranno, ove occorra, esercitarsi dalla moglie autorizzata dal magistrato.*

II. Il marito non potrà alienare nè gl'immobili della moglie, nè i mobili che costituiscono beni propri perfetti.

III. La moglie in comunione potrà rivendicare gl'immobili alienati dal marito solo in metà. Si rigettano i due sistemi contrari.

IV. Il marito, nella qualità di amministratore, dovrà rispondere della conservazione dei beni della moglie; egli specialmente dovrà fare eseguire le riparazioni non ordinarie, ed interrompere le prescrizioni. Ma se la moglie accetta la comunione, potrà domandare una metà del ristoro.

V. Rimando pei beni donati alla moglie, con condizione che si amministrino da lei stessa.

I. — Il marito sotto la regola di comunione legale, come sotto qualunque altra, ritiene l'amministrazione dei suoi beni personali. La moglie invece con la perdita del godimento dei suoi beni proprî, quali vanno nella comunione, ne perde anche l'amministrazione affidata al marito con quella dei beni comuni (1). Ma i dritti del marito amministratore non sono presso a poco i medesimi sui beni proprî della moglie, come sui beni comuni; e nel mentre per quest'ultimi ha poteri quasi illimitati e somiglianti a quelli di un proprietario esclusivo, ha per gli altri quelli di un amministratore ordinario della cosa altrui.

Il nostro articolo dunque dà al marito l'esercizio di tutte le azioni mobiliari (2), ma fra quelle immobiliari egli può intentare le possessorie, non già le petitorie. In una causa adunque relativa ai mobili proprî della moglie, potrà il marito intentare l'azione, o difendersi senza il concorso della moglie, e quel che sarà giudicato per o contro di lui, lo sarà parimente per essa. Per gl'immobili sarà lo stesso *nel* possessorio; ma se la quistione sarà *di* proprietà, il marito non potrà più introdurre l'azione, nè rispondervi. Vero che Toullier (XII-384), dopo lui Battur (I-552) e una decis. de'ricorsi (del 15 maggio 1832) niegano quest'ultima idea, e dànno al marito anche nel petitorio, il dritto di agire per la moglie; ma è questo un errore.

Vano è il dire di Toullier che il testo della legge non nega al marito le azioni petitorie, e che su ciò si tace; dappoichè trattandosi di dritti che appartengono in proprio alla moglie, il marito non può esercitare il tale o tal altro se non perchè il testo glielo permetta, e non già perchè non glielo neghi; la camera dei ricorsi contraddice la sua prima idea in una decisione

(1) Paolo Pont e Rodière (tom. I, n. 673); Troplong (tom. II, n. 973).

(2) E con più ragione ha egli il dritto di metter mano ai capitali mobiliari della moglie. Angers, 29 genn. 1842; Rig., 25 luglio 1843 (Dev., 42, 2, 424; 51, 1, 258). *Sic* Rodière e Paolo Pont (tom. I, n. 679).

posteriore in cui giudica non potere il marito fare in un incanto un'offerta maggiore in nome della moglie, perchè ciò lo trarrebbe allo acquisto della proprietà, se non si faccia altra maggiore offerta. Il più degli scrittori riconosce del pari non avere il marito capacità di agire pel petitorio (1).

Ben si vede che solo per la nuda proprietà il marito sia incapace, e che possa agire in petitorio anche per gl'immobili della moglie in quel che riguarda l'usufrutto di essi; ma allora non più qual amministratore dei beni della moglie egli agisce, bensì qual capo della comunione usufruttuaria dei beni proprî dei coniugi.

Ma non perchè può il marito esercitare le *azioni mobiliari* o possessorie della moglie, deve inferirsi che questa non potrebbe da per sè esercitarle. Se il marito si ricusasse d'intentare la tale azione, non vi è ragione perchè la moglie non possa farlo coll'autorizzazione del magistrato: trattasi di conservare il patrimonio della moglie, e non si può volere ch'ella si appaghi di potere un giorno ricorrere contro il marito e forse illusoriamente, nel mentre ha un mezzo tanto semplice per prevenire il danno che la minaccia.

In una causa sostenuta dal marito, ella ha sempre dritto ad intervenire, per tema che questi si colluda o pecchi di trascuranza: come dunque non riconoscere che *ella abbia* il dritto di fare da sè quando *il marito* si neghi?

Il nostro testo non si oppone a tal soluzione, dicendo che le azioni di cui è parola *possono* essere esercitate dal marito, senza dire in alcun modo che esse lo debbano (2).

II.—Sendo il marito un semplice amministratore, non potrebbe affatto alienare i beni proprî della moglie. Può ben egli alienare il dritto di godimento di questi proprî, che non appartiene più alla moglie, ma alla comunione: il marito può dunque disporne come di tutti gli altri beni comuni, e sarebbe del tutto valida la concessione che ei farebbe (a titolo oneroso o a titolo gratuito nei limiti della legge) su di un'immobile personale della moglie, di un usufrutto che dee cessare sciolta che sia la comunione (3).

Ma se egli può, non più quale amministratore dei beni proprî e secondo il nostro art. 1428 (1399), ma qual capo della comunione e secondo gli art. 1421-1422 (1396 M. T), alienare l'usufrutto dei beni della moglie, non può mai alienare gli stessi beni, cioè trasmettere ad altri (*alienum facere*) nè il dominio, nè parte alcuna di esso (4).

Benchè il nostro articolo parli solo degli immobili, l'incapacità di alienare si applica pure ai beni proprî mobiliari della moglie. I mobili detti ordinariamente proprî, che lo sono impropriamente parlando, e chiamati da noi proprî imperfetti, potranno essere alienati dal marito, perchè come si è visto, essi non sono realmente proprî, e quel che è tale non è *la cosa* ma semplicemente il credito che ha per oggetto o una cosa simile alla prima o un denaro che rappresenta il valore di essa: in tal caso la comunione, per mezzo del suo debito verso la moglie, è proprietaria del bene mobile chiamato imperfettamente proprio, ed il marito quindi può disporne come di ogni altra cosa comune. Ma dei mobili che costituiscono i proprî perfetti, il marito non può certamente disporre; ed

(1) Rig., 16 dic. 1840 (Dev., 41, 1, 237); Duranton (XIV-316); Glandaz (n. 235), Zachariae (III-p. 442); Odier (I-273); Rodière e Paolo Pont (I, 681).

(2) *Conf.* Duranton (XIV-317); Odier (I-272), Rodière e Paolo Pont (I-681); Duvergier, sopra Toullier (XII-383).

(3) Similmente può il marito consentir da sè, e senza il concorso della moglie, lo scioglimento del fitto di un immobile a questa personale, e che abbia ancora la durata di quindici anni; transigendo intorno una difficoltà insorta fra la moglie e il locatario, non essendo ciò fuori i poteri dell'amministratore. Parigi, 26 aprile 1850 (Dev., 51, 2, 796).

(4) La vendita da lui consentita è talmente nulla, che l'acquirente non potrebbe intervenire alla divisione della successione da cui dipendeva l'immobile, nè qual proprietario di esso, poichè il marito non ha potuto conferirgli alcun dritto, nè qual creditore del marito, a causa di danni-interessi che egli potrebbe ripetere da lui per la nullità della vendita (Rig., 10 giugno 1844; Dev., 44, 1, 113).

a torto parecchi scrittori antichi e moderni hanno assolutamente ammesso e senza tal distinzione, che il marito possa alienare (1).

Che invocare infatti per istabilire tal preteso dritto del marito? Si dirà forse che il nostro articolo proibendo al marito di alienare gl'immobili proprî della moglie, non parli dei mobili? Ma il suo silenzio si spiega chiaramente col dire che essendo i mobili propri, sotto la comunione legale, un'eccezione, appare chiaro il perchè il legislatore non vi ha punto badato. Si dirà forse che potendo il marito intentare tutte le azioni mobiliari della moglie, potrà anche alienare tutti i di lei mobili? Ma quest'argomento è mal fondato: il dritto d'intentare un'azione non include quello di disporre dell'oggetto di essa azione; poichè se il tutore autorizzato dal consiglio di famiglia può intentare un'azione immobiliare (art. 464 (387)), non potrà egli con questa semplice autorizzazione alienare un immobile (art. 457 (380)).

Si faranno scudo da ultimo, come spezialmente fa Troplong, dell'art. 1503 (T)? Ma questo articolo, fatto per il caso in cui i coniugi dichiarino di mettere in comunione i loro mobili fino alla concorrenza d'una determinata somma, ritenendo il dippiù in proprio, dichiara che ciascun coniuge allo scioglimento può riprendere *il valore* che ha il suo mobile oltre la somma da lui promessa; or poichè il dippiù si può riprendere non in natura, ma solo per equivalente, la comunione, pagando il compenso, sarà proprietaria dell'intiero mobile, quantunque i coniugi se ne sieno riservata una parte. Ma non v'è punto analogia fra i due casi: se il coniuge, anzichè dare alla comunione una somma, le dà i suoi mobili fino alla concorrenza, la comunione potrà venderli per ricavare la somma, salvo a dar conto del dippiù del valore che ne abbia ritratto; ma se non si voglia mettere in comunione puramente e semplicemente il tale o tal'altro mobile, non v'ha motivo per cui quella possa disporne.

È necessario adunque ritornare al dritto comune, giacchè nessun testo speciale vi deroga, ed applicare i principî generali, secondo cui non si può alienar cosa senza il volere del proprietario, il che sorge abbastanza chiaro dallo artic. 818 (737), il quale niega al marito, sì pei mobili che per gl'immobili, l'azione di divisione delle eredità pervenute alla moglie, quando non devono entrare nella comunione. È questa infatti la dottrina del più degli scrittori, consacrata dalla Corte suprema, e alla quale si attenne al 1839 la Corte di appello di Parigi, dopo averla rigettata al 1837 con due decisioni del 21 gennaro, e 15 agosto (2).

III. — Si è molto controverso, sì dagli antichi scrittori che dagli interpreti del Codice, sui dritti che allo scioglimento della comunione spettano alla moglie, cui è stato alienato un immobile dal marito, quando essa accetta la comunione. Se la moglie vi rinunzia, tutti son d'accordo che la possa rivendicare il suo immobile; ma se accetta, soggiacendo così per metà alle obbligazioni della comunione, avrà ella ancora lo stesso dritto?... Intorno a ciò vi ha tre sistemi.

Un primo sostenuto da Pothier (che lo abbandonò poi), e seguito dopo il Codice da Toullier e da altri scrittori (3), inse-

(1) Lebrun (lib. 2, cap. 2, n. 5); Pothier (*Com.*, numero 325); Delvincourt (tom. III); Merlin (*Rep.*, alla parola *Realizzazione*, § 1, n. 4); Troplong (II, 982, e III-1936, 1937). Giudicato che la moglie non può pretendere il dritto di esercitare la ricupera in ispecie di un bene proprio, quando dalle clausole del contratto di matrimonio, sorge di dover lei esercitare la ricupera solo in valori. Rig., 25 febb. 1852 (Dev., 52, 1, 352).

(2) Toullier (XII-379); Duranton (XIV-318); Zachariae (III, p. 516-517); Championnière e Rigaud (IV-2896); Rodière e Paolo Pont (I-683 e II, numeri 50-53); Odier (II-728); Duvergier (sopra Toullier); Parigi, 23 febb. 1835; Parigi, 15 febb. 1839; Rig., 2 luglio 1840 (Dev., 35, 2. 68; 40, 2, 212; 40, 1, 887); Parigi, 3 genn. 1852 (Dev., 52, 2, 133). — *Vedi* intanto Ric., 25 luglio 1843 (Devill., 54, 1, 258).

(3) Pothier (*Vendita*, I-179), Prèvot de la Janès (II-313); Toullier (XII-226); Dalloz (X, p. 262); Troplong (*Vendita*, I-463; e *Contratto di matrimonio*, II-730-733); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Amiens, 18 giugno 1814; Bordeaux, 30 apr. 1844 (Dev., 44, 2, 536).

gna che la moglie può rivendicar solo la metà del suo immobile, poichè ella, dovendo per metà garantire l'acquirente del danno cagionatogli dall'evizione, non può esercitar l'evizione per questa metà, giusta la regola *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*.

Il secondo professato da Lebrun, Duranton, Paolo Pont e Rodière, ecc. (1), vuole che la moglie possa rivendicar l'intiero, salvo a pagare all'acquirente la metà del prezzo di acquisto, e dei danni-interessi cui questi può aver dritto.

Il terzo, adottato dopo da Pothier, e sotto il Codice da Merlin (2), ammette parimente che la moglie possa rivendicar l'intiero immobile, pagando la sua metà semplicemente del prezzo d'acquisto, non già dei danni-interessi, poichè secondo questo sistema son dovuti dal marito personalmente.

Il secondo di questi sistemi non può ammettersi, e si confuta da sè stesso.

Poichè delle due cose l'una: o si riconoscerà che la comunione deve garantire l'acquirente del danno dell'evizione, e allora si dovrà pure riconoscere, col primo sistema, che la moglie la quale accettando deve per metà, non potrà poi ripeterla; o si dirà che il marito è tenuto personalmente in faccia ai terzi, e allora siccome è vero che la moglie può rivendicare per il tutto, sarà vero parimente, secondo il terzo sistema, che essa non sia tenuta alla metà dei danni-interessi dovuti all'acquirente.

Pretender in una volta, come fanno Lebrun, Renusson, Duranton, Rodière e Paolo Pont, ecc., che la moglie per la sua metà sia tenuta alle conseguenze dell'evizione, e che possa far nondimeno la evizione per l'intero, importa insegnare insieme il sì e il no. Dunque a ragione Pothier, notando la contraddizione di questo sistema di mezzo, lasciando il primo ha adottato il terzo; la scelta dunque dee cadere fra questi due.

Ma non ci par dubbio che debba seguirsi il primo. Infatti, se il marito ha venduto l'immobile della moglie come proprio di lei e agendo per lei, ovvero se lo ha venduto come suo, ma di buona fede, il debito di garanzia può ripetersi contro la comunione su cui diffinitivamente grava. Se il marito ha venduto l'immobile come suo di mala fede, e si è reso colpevole di stellionato (articolo 2059 (T)), la comunione allora è tenuta diffinitivamente per il prezzo della vendita, e il dippiù, cioè i danni ed interessi debbono pagarsi dal marito che li deve personalmente, poichè derivano dal suo delitto; ma non si dimentichi che anche allora, conforme all'articolo 1424 (T), deve pagare la comunione, salvo il compenso; il debito che è personale al marito nei suoi rapporti con la moglie è pur debito di comunione nei rapporti della moglie col creditore. Quindi in tutti i casi la garanzia è per rispetto agli acquirenti non dovuta dal marito, ma dalla società coniugale, di cui la moglie è tenuta per metà, non avendo rinunziato alla sua qualità di socia (3). È necessario pertanto attenerci al primo sistema.

Ma si dice, il marito così spoglierebbe indirettamente dei suoi beni la moglie e la

(1) Lebrun (lib. 3, cap. 2, sez. 1, dist. 1); Renusson (part. 1, cap. 6, n. 64); Bourjon (1 p. 576); Duranton (XIV-321); Zachariae (III, p. 450); Paolo Pont e Rodière (I-686); Odier (t. I, n. 279 e seg.). — Zachariae cita Toullier, e Rodière e Paolo Pont citano Glandaz, siccome dello stesso sistema. Ma sì l'uno che gli altri vanno errati: Toullier sostiene il primo sistema ben a lungo e con molta energia, e Glandaz si appiglia al terzo.

(2) Pothier (*Comun.*, n. 253); Merlin (*Rep.*, alla parola *Comunione*, § 3, num. 6); Battur (I-308); Glandaz (n. 166); Toullier (t. V, p. 100).

(3) Glandaz con una nuova idea vuol combattere il primo, e sostenere il terzo sistema; ma tale idea è tanto inesatta, quanto sarebbe diffinitiva se vera. Egli non volendo riconoscere che la moglie la quale accetta sia pur tenuta al debito di garenzia, dice, non esister tal debito (nemmeno per il marito): secondo lui l'acquirente si ritiene di pieno dritto e necessariamente conscio che la cosa non appartenga al marito, egli è di necessità di mala fede, non potendosi mai ignorare la condizione di colui con cui si contrae. Questo preteso principio che renderebbe acquirenti di mala fede tutti coloro che acquistano *a non domino*, e toglierebbe di un tratto la prescrizione di dieci o vent'anni, non c'è bisogno che si confuti; la mala fede è una eccezione che dee positivamente provarsi.

laienazione di lui avrebbe effetto per metà; or la legge vuole assolutamente vietare ogni alienazione fatta senza il volere della moglie, tanto se avrebbe luogo indirettamente per effetto di una garanzia, quanto se deriverebbe da una concessione immediatamente valida: in breve non può mai avvenire con qualsivoglia combinazione che la moglie si vegga privata di un bene suo proprio senza il suo consenso. — La quale obbiezione intorno a cui insistono specialmente Zachariae, Paolo Pont e Rodière e ne fanno la loro principale ragione, non è affatto soda. — Qualunque proprietario, fosse anche la moglie, non può in generale veder passare in altre mani i suoi beni senza la sua volontà: anco nel caso di espropriazione forzata la proprietà si perde per lo più per volontà del debitore, poichè contraendo questi un debito ha con ciò impegnati i suoi beni e consentito, chiedendolo il bisogno, ad esser venduti onde soddisfare il debito. Un bene proprio della moglie non può dunque esserle tolto senza la sua volontà; anche nel nostro caso evvi la volontà sua, dappoichè i beni le si ritolgono non per la alienazione fatta dal marito, bensì per l'accettazione della comunione con cui la moglie si è per parte sua spontaneamente obbligata a garentire. Se il marito non può nè direttamente, nè indirettamente alienare la cosa della moglie, non può lo zio alienare i beni del nipote, nè un amico quelli dell'amico; ma se mio zio dopo di aver venduto il mio immobile muore lasciandomi suo erede, o se il mio amico nella stessa ipotesi muore facendomi suo legatario universale, senza fallo accettando la eredità del primo, o il legato del secondo non potrà molestare il compratore, e così la moglie accettando la comunione si sottopone volontariamente per la metà sua all'obbligo di garanzia imposta a quella, e per ciò alla impossibilità di rivendicare.

Bisogna adunque attenersi al primo sistema, e le decisioni che conosciam noi aver trattato tal quistione l' han giudicato nello stesso modo. (Amiens. 18 giug. 1814; Bordeaux, 30 aprile 1834; *Vedi* più sopra le note).

IV. — Incaricato il marito di amministrare i beni della moglie è tenuto conservarli, quindi dall'ultima disposizione del nostro articolo è dichiarato risponsabile del deperimento cagionato da mancanza di atti conservatorî tra i quali sono in primo luogo le riparazioni da fare e le prescrizioni da interrompere (1). Quanto alle riparazioni, quelle di manutenzione si fanno dal marito, non quale amministratore dei beni della moglie, ma come capo della comunione che li prende a suo carico, perchè usufruttuaria dei beni proprî. Le straordinarie invece si fanno per conto della moglie, si pagano dalla comunione salvo il compenso, e debbono farsi eseguire a cura e risponsabilità del marito *amministratore*.

Le prescrizioni secondo l'articolo 2254 (2160) corrono contro la moglie in comunione pei beni amministrati dal marito, come contro un proprietario capace; e secondo lo stesso articolo il marito che è obbligato interromperle, è responsabile ove elle mai si compiano. In sulle prime tale regola può sembrare rigorosa contro il marito per le prescrizioni che correvano da più di un anno, quando fu celebrato il matrimonio, non potendo essere interrotte che con un'azione petitoria; mentre poi le azioni possessorie consentite al marito, debbono intentarsi dentro non oltre l'anno del possesso. Ma siccome il marito deve agire nel petitorio, onde rivendicare alla comunione l'usufrutto degl'immobili della moglie posseduti ingiustamente da terzi, e così interromperebbe la prescrizione che corre contro la moglie, non eravi perchè togliere la responsabilità al marito per le prescrizioni anteriori al matrimonio. È chiaro che la rivendica dell'usufrutto farà cessare la

(1) Si è giudicato pure che il marito sia risponsabile dell'impiego del denaro retratto dalla alienazione dei beni proprî della moglie, quand'anche questo sia stato fatto dalla stessa moglie, quale procuratrice del marito. Rig., 8 febbr. 1853 (Dev., 53, 1, 425).

prescrizione, dovendo ella ammettersi sulla pruova del dritto di proprietà della moglie. Ben vedesi come i danni-interessi dovuti dal marito per mancanza di atti conservatori, essendo debito della comunione, non può la moglie ottenerli per intiero, che rinunziando: se essa accetta, il debito diventa in metà suo, e soltanto per l'altra metà può rivolgersi contro il marito o suoi rappresentanti.

V.—Si è già detto (art. 1389 (1343), n. VI) come la regola dell'amministrazione dei beni della moglie che può non essere tra coniugi (potendo la moglie separarsi di beni o avere parafernali) non sia d'ordine pubblico e possa esser tolta, per qualcuno dei beni della moglie in comunione d'altronde, sia con una clausola del contratto, o per una condizione della donazione, che dà questi beni alla moglie. Non potrebbe darsi di certo a costei l'amministrazione dei beni, il cui godimento sarebbe del resto lasciato al marito, molto meno ad un terzo: sarebbe questo uno insulto alla dignità maritale e contro a' buoni costumi. Ma essendo l'amministrazione riservata alla moglie insieme col godimento, non vi ha nulla d'illecito. Ritorneremo su tale idea combattuta da qualche giureconsulto, ma ammessa a ragione dal più degli scrittori e delle decisioni. (Vedi l'articolo 1543 (1356), III).

1429 (1400). — Gli affitti de' beni della moglie che il marito da sè solo abbia convenuti per un tempo più lungo di nove anni, nel caso dello scioglimento della comunione, non obbligano nè la moglie nè i di lei eredi, se non pel tempo che rimane a decorrere, sia del primo periodo del novennio, se non fosse ancora trascorso, sia del secondo, e così successivamente; di maniera che il fittajuolo non abbia se non il dritto di godere del fondo locato soltanto sino al compimento del periodo nel quale si trova.

1430 (1401). — Gli affitti de' beni della moglie per un novennio, o a minor tempo, che il solo marito ha convenuti o rinnovati più di tre anni prima di spirar lo affitto corrente, se tali beni sien rustici, e più di due anni prima di detta epoca, se i detti beni consistano in case, non hanno veruno effetto: purchè non si sieno cominciati ad eseguire prima che si sciogliesse la comunione.

SOMMARIO

I. Il fitto che fa il marito per più di nove anni obbliga la moglie per il tempo che resta allo scioglimento. Quello che farebbe il marito più di due o tre anni prima, obbliga la moglie se incominciato al tempo dello scioglimento.

II. Quest'ultima regola si applica a tutti gli affitti, sorpassino o pur nò i nove anni: errore di Proudhon. Viceversa, il fitto al di là di nove anni è sempre nullo quando non incomincia pria dello scioglimento, quantunque fatto due o tre anni prima.

III. La nullità può essere solo richiesta dalla moglie non dal fittaiuolo. Se ambi i coniugi avessero consentito il fitto, questo sarebbe obbligatorio in qualunque ipotesi. Quando lo inadempimento del fitto, che si fa in contravvenzione ai nostri articoli dà luogo a ristoro?

I.—Non si potevano restringere alla durata della comunione i fitti consentiti dal marito sui beni della moglie, e quindi farsi cessare immediatamente per il suo scioglimento; in questo modo il marito difficilmente avrebbe trovato affittuari. Nè si poteva dichiarare obbligatorio per la moglie qualunque fitto consentito dal marito per lungo che fosse. Si adottò un partito di mezzo nell'art. 1429 (1400), ed è che il fitto si facesse al più per nove anni. Se la durata è maggiore, la si divide in periodi di nove anni per uno (eccettone l'ultimo che può esser minore), e sciolta che è la comunione, continua il fitto per il tempo che resta del periodo in cui si tro-

va. Così un fitto di venti anni si divide in tre periodi, due di nove e l'ultimo di due anni: se la comunione si discioglie dopo dodici anni di godimento, lo affittuario continuerà ancora per sei anni; se la si scioglie dopo il primo anno di godimento, egli ne godrebbe ancora per otto anni.

Determinata la durata dei fitti, si doveva pure stabilire il tempo in cui si potessero rinnovare. Non si poteva dar facoltà al marito di fare un nuovo fitto molto tempo prima, poichè avrebbe potuto egli aggiungere in questo modo al primo affitto obbligatorio di nove anni, un secondo ed anche un terzo sottoscritti poco tempo dopo il primo, e legare così la moglie per diciotto o ventisette anni, eludendo la regola dell'art. 1429 (1400): ma non si poteva nemmeno pretendere che egli facesse lo affitto nell'ultimo momento. Quindi l'articolo 1430 (1401) gli permette di farlo due anni prima per le case, e tre pei beni rustici.

Messi in armonia i due articoli, sorge che la moglie o i suoi eredi possono essere obbligati dalla convenzione del marito pei dodici anni che seguono lo scioglimento (se i beni sono rustici), ma non più. Se il fitto è stato consentito due anni prima (o tre secondo l'indole dell'immobile), è obbligatorio per la moglie in quanto la comunione si sciolga dopo spirati i due (o tre anni), e il fitto firmato troppo innanzi tempo stia per eseguirsi allo scioglimento; non bastando che allo scioglimento il fitto precedente debba continuare due o tre anni. La legge è formale, dichiarando che il fitto sarà inefficace in tal caso se sia cominciato pria di sciogliersi la comunione.

II.—Dal perchè si parla di fitti di nove anni o al di sotto, vuolsi inferire da Proudhon (III, n. 1213-I) che se il fitto consentito molto tempo innanzi fosse di oltre nove anni, rimarrebbe inefficace, sciolta la comunione, sempre e benchè fosse già in corso. Così un fitto di venti anni consentito quattro anni prima e incominciato da un anno quando la comunione si scioglie, cesserebbe, secondo Proudhon, di essere obbligatorio per la moglie. Dottrina rigettata a buon diritto dagli altri scrittori, e dimostrata erronea dai nostri due articoli messi in rapporto Il fitto allora si fa insieme, contro all'articolo. 1430 (1401) perchè sottoscritto molto tempo innanzi, e all'art. 1429 (1400), perchè di una *durata* troppo lunga; ma siccome si passa sopra alla prima contravvenzione perchè il fitto si è eseguito prima dello scioglimento, così nella nostra ipotesi riman solo quella all'articolo 1429 (1400), secondo cui si dà effetto al periodo di nove anni, in cui la comunione si discioglie, d'onde il fitto che dura già da un anno al tempo dello scioglimento, sarà obbligatorio per la moglie per otto anni (1).

Ma che si deciderebbe se il fitto consentito secondo la legge due o tre anni prima, lo fosse per una lunga *durata*, e la comunione si disciogliesse pria che esso cominci? Si dovrebbe forse dichiarare del tutto inefficace verso la moglie o invece obbligatorio per nove anni? Il fitto si deve ritener come non avvenuto per la moglie. In questo caso invero, osservandosi l'articolo 1430 (1401), e violandosi soltanto l'artic. 1429 (1400), quest'ultimo si dee solo riguardare, come se l'altro non fosse. Or esso rende efficace il fitto consentito contro alla sua regola pei nove anni *già incominciati* al disciogliersi della comunione, d'onde un fitto di altri nove anni, che non è ancora incominciato, non può obbligare per alcun tempo (2).

III.—Del resto i fitti consentiti contro ai nostri articoli si dichiarano inefficaci solo *per rispetto alla moglie* o suoi eredi, e nel loro solo interesse; quindi se essi vogliono eseguire il fitto consentito *molto* tempo innanzi o per una durata troppo lunga, lo affittuario non potrà pretendere sia esso nullo. Lo affitto è inefficace non assolutamente, ma per rispetto alla mo-

(1) Bellot (I, p. 497); Zachariae (III, p. 449); Troplong (*Locazione* I-152, *Contr. di matrimonio* II-229), Rodière e Paolo Pont. (I-696).

(2) Troplong non immorando in quest'idea riproduce anche la medesima dottrina (II-1028-1029).

glie, la quale secondo i suoi interessi, può farlo eseguire o pur disciogliere.

Dai nostri testi sorge del pari che la moglie può far sciogliere i fitti consentiti *dal solo marito* contro ai medesimi testi. Se lo sono stati da lui e insieme da lei, saranno pienamente obbligatori, qual che ne fosse la durata e il tempo in cui furono sottoscritti.

Osserviamo da ultimo che se lo affittuario, di cui lo affitto consentito contro ai nostri articoli sia poi sciolto, fosse stato ingannato dal marito, che gli avrebbe affittato l'immobile come suo, avrebbe dritto a danni-interessi; e siccome questi, benchè si paghino dal marito, potrebbero ripetersi dalla comunione (art. 1424 (T)), la moglie ove accetti, sarebbe tenuta per metà per rispetto allo affittuario.

§ 3. — *Dei compensi.*

Siccome un solo amministra i tre patrimonî dei coniugi in comunione, e spesso avviene che la comunione od uno di essi riceva, *paghi*, o si obblighi per l'altro, si avrebbero avuti moltissimi vantaggi indirettamente, se non si fosse dato luogo a compenso per il beneficio che l'un patrimonio a proprie spese abbia all'altro procurato. Se le liberalità fra coniugi non sono oggi vietate, come lo erano da alcune consuetudini, ciò non ostante siccome non si presume la volontà di donare (spezialmente qui che il benefizio spiegasi naturalmente per una semplice anticipazione), devesi sotto *il Codice* applicare il principio dei compensi, come sotto quelle consuetudini che permettevano le donazioni fra coniugi.

Questo principio stabilito in modo assoluto pei compensi dovuti alla comunione (art. 1437 (T)), ma che vale pure per quei dovuti ad un coniuge, può esprimersi dicendo, che ogni qual volta un patrimonio ha ricavato un profitto a spese di uno degli altri, dovrà compensarlo.—Il Codice parla prima dei compensi dovuti ad un coniuge o dall'altro o dalla comunione (art. 1431-1436 (1402 T)); e poi di quelli dovuti a questa da uno dei coniugi (articolo 1437 (T)).

1° Compensi dovuti ad un coniuge.

1431 (1402). — La moglie che si obbliga solidalmente col marito per gli affari della comunione o del marito, non si reputa obbligata riguardo a lui se non come mallevadrice: ella debbe essere fatta indenne per l'obbligazione che ha contratta.

SOMMARIO

I. Quest'articolo, per gli affari della comunione, deroga in favore della moglie al dritto comune.—Quale utilità ne viene alla moglie che accetta?
II. La moglie gode di questo beneficio in faccia al marito. Essa non lo potrebbe invocare in faccia ad un terzo condebitore, e questi, solo per la sua parte, potrebbe rivolgersi contr'essa: errore di una decisione della Camera dei ricorsi e di Troplong.
III. Caso in cui deve cessare il beneficio.
IV. L'articolo s'applica pure alle obbligazioni non in solido.

I.—Allorquando l'affare per cui è stato contratto un debito in solido, riguardo l'un solo dei debitori, nello scambievole rapporto di questi è obbligato pagare il debito quegli cui lo affare concerne; gli altri rimanendo in faccia a lui quali semplici fidejussori. Il nostro articolo applica il principio generale dell'art. 1216 (1169) dichiarando semplice mallevadrice la moglie che si è obbligata in solido col marito per

gli affari di lui. Tale regola è il dritto comune, e sarebbe anche da applicarsi al marito se si fosse dai coniugi contratto un debito in solido nello interesse della moglie. Ma la legge va più oltre, ed immaginando possa supporsi che l'obbligazione della moglie sia effetto dell'intima sua dipendenza dal marito, e per garantire in faccia ai terzi le obbligazioni da questo contratte, essa dichiara la moglie semplice mallevadrice per rispetto al marito, quand'anche il debito in solido concerna affari della comunione, senza bisogno che ella vi rinunzi.

In entrambi i casi adunque sarà la moglie debitrice in solido per rispetto al creditore, che volendo potrà costringerla su i beni propri per l'intiero debito; ma essa sarà sempre mallevadrice nei suoi rapporti col marito, ed il pagamento a cui sarebbe astretta le darebbe dritto a compenso, sì contro il marito se l'affare lo riguardasse personalmente, o nell'opposto caso contro la comunione. Il risultato non sarà lo stesso nei due casi; se il marito è personalmente debitore, il compenso si toglierà dai suoi beni personali, o quel che vale il medesimo, sulla parte sua di comunione (articolo 1478 (T)), se l'affare concerne la comunione, si prenderà il compenso dalla massa dei beni comuni (articolo 1470 (T)), di modo che la moglie (supponendo che accetti la comunione) paga definitivamente la metà del debito, e ne ricupera l'altra metà.

In sulle prime non vedesi qual vantaggio sia per la moglie l'esser considerata come mallevadrice in faccia al marito, allorquando il debito per cui si è in solido obbligata riguarda la comunione. Supponiamo a mo' di esempio, che il debito monti a 20,000 fr., e che allo sciogliersi della comunione, dedotti gli altri debiti, l'attivo sia di 80,000 fr. Se la moglie fosse considerata, anche in faccia al marito, qual debitrice in solido ordinaria, obbligata come lui, si applicherebbero gli articoli 1213-1214 (1166-1167), secondo i quali ella ripeterebbe contro il marito la metà del debito pagato interamente da lei, ossia 10,000 fr. che uniti ai 40,000 che formano la sua metà nella comunione, le darebbero 50,000 fr. Or la moglie riguardata qual garante del marito, preleverà in prima dal fondo comune una somma uguale a quella pagata, cioè 20,000 fr., e siccome così riducendosi il fondo a 60,000 fr., la sua metà sarà di 30,000, ella sì nell'uno che nell'altro caso avrà *sempre i* 50,000 fr.

Che le gioverebbe adunque l'essere riputata nei rapporti col marito qual di lui garante?

La moglie non ne caverebbe alcun utile se l'attivo della comunione basti a rindennizzarla; non così se sia inferiore allo ammontare del compenso dovuto.

Supponghiamo che la comunione, nel caso sempre di un debito in solido di 20 mila fr. pagato dalla moglie, abbia un attivo di soli 12,000 fr. invece di 80,000. Se la moglie sia debitrice ordinaria, *anche* per rispetto al marito, ella potrà *ripeter* contr'esso 10,000 fr. prendendo poi la metà dei 12.000 di comunione; in guisachè essa non raccoglierà che soli 16,000 fr. dei 20,000 pagati.

Per l'incontro, siccome il nostro articolo, dichiarandola semplice mallevadrice del marito, la fa creditrice della comunione per tutti i 20,000 fr., ella tolti i 12,000 dal fondo comune, potrà rivolgersi contro i beni personali del marito per gli 8,000 fr. rimanenti, poichè il marito, a differenza della moglie, deve rispondere di tutti i debiti della comunione sopra i suoi beni propri, ove non bastino i comuni (art. 1472, 1483 e 1844 (T, T e 1716)).

Obbligandosi adunque la moglie nello interesse personale del marito, avrà considerevoli vantaggi ove lo provi; poichè sempre si presume, fino alla pruova in contrario, che il debito siasi contratto da ambi i coniugi, e nell'interesse comune.

II.—Siccome è una eccezione al dritto comune la disposizione del nostro articolo, che riguarda il caso in cui la obbligazione in solido dei coniugi non è fatta nello interesse personale del marito, non si dovrà estendere oltre ai suoi termini, e la mo-

glie potrà pretendere di essere riputata come mallevadrice solo *per rispetto al marito*, non potendo usar del beneficio nè in faccia ai creditori, nè in faccia ad altri (1).

Così, essendosi formata un'obbligazione in solido dai coniugi ed un terzo nello interesse loro comune, la moglie che sarebbe stata astretta a pagare, non potrebbe pretendere di rivolgersi come mallevadrice tanto contro il terzo, che contro il marito; le direbbe il primo che essa è riguardata mallevadrice quanto al marito, e che in faccia a lui resta debitrice ordinaria, obbligata al par di lui a pagare diffinitivamente una parte del debito. Viceversa se il terzo ha pagato il debito potrà rivolgersi contro la *moglie per la* sua parte, e contro il marito per la sua; nè la moglie può pretendere che si costringa soltanto il marito, e che la sua qualità di semplice mallevadrice la salvi da ogni regresso del debitore principale; poichè anche qui risponderebbe il terzo esser la moglie semplice mallevadrice in faccia al marito, e restare obbligata principale per la sua parte in faccia agli altri.

Ma soltanto per la parte sua nel debito (*ed in conseguenza* per la metà della parte che *spetta* alla comunione dei due coniugi) ella è obbligata di contribuire in faccia del terzo condebitore e rispondere al regresso di lui. Se a mò di esempio il terzo è interessato nello affare per metà e così la comunione (è questo un punto da decidersi in fatto) ognuno dei due coniugi, in faccia ai tre coobbligati tra loro, sarà debitore per un solo quarto, e solo per questo il terzo condebitore che ha pagato il totale potrà rivolgersi contro la moglie. In una decisione della camera dei ricorsi (2) del 1827 si è falsamente interpretato il nostro articolo.

Due coniugi in comunione, e con essi un terzo, eransi obbligati in solido in un affare che interessava per metà la comunione e per l'altra il terzo condebitore. Avendo questi pagato l'intiero debito, pretende dalla moglie la metà del danaro da lui pagato, cioè l'intiera parte spettante alla comunione dei coniugi; ma si oppone dal rappresentante della moglie, ed a ragione, che la sola metà della somma richiesta, cioè il quarto dell'intiero, doveasi dalla moglie al terzo; dapoichè se il debito in solido è indivisibile nei rapporti del debitore col creditore, è invece divisibile, e di pieno dritto, pei debitori fra loro (articolo 1213 (1166)), dimodochè il debitore che l'ha interamente pagato può solo ripetere da ciascuno dei suoi condebitori la parte in cui questi è personalmente interessato (artic. 1214 (1167)). Tali pretensioni, tanto legittime e fondate nei testi più chiari, furono respinte dal tribunale della Senna, dalla Corte di appello di Parigi e dalla camera dei ricorsi della cassazione, e ciò per una falsa interpretazione del nostro art. 1421 (1396).

Ecco qual fu la logica a cui si attesero, adottata anche da Troplong nel suo recente trattato (II-1046). « Secondo l'articolo 1431 (1402), allorchè i due coniugi in comunione si obbligano in solido per questa, non formano essi due debitori principali di cui ciascuno deve gravarsi della metà del debito; havvi solo un debitore principale, il marito capo della comunione, il quale è obbligato per l'intiero debito, una mallevadrice, la moglie, la quale è obbligata del pari che il debitore principale; il terzo condebitore adunque che pagando la sua parte del debito in solido, ha anche pagato quella della comunione, ha il dritto quanto a quest'ultima di rivolgersi o contro il marito per l'intiero o contro la moglie ». Secondo noi vi son qui due errori.

(1) *Vedi* Rig., 4 dicembre 1855 (Dall., 56, 1, 58) Limoges, 20 febb. 1855, (Dall., 55, 2, 284). — *Vedi pure* Paolo Pont e Rodière (t. I, n. 606); Troplong (*t. II, n.* 1037). — *Vedi* frattanto Parigi, 15 luglio 1854 (Dall., 56, 2, 12).

(2) Rig., 29 nov. 1827 (Sirey, 28, 1, 169); *Coll. nuova* alla sua data. — Questa nuova Collezione ed anche il *Journal du Palais*, nel rapportare la decisione, citano in nota Toullier (XII-233) e Duranton (XIV, 306) che han deciso la quistione nel medesimo senso. È ciò un errore: niuno dei due scrittori tratta la quistione, che non è a nostra conoscenza essere stata esaminata in alcuna opera pria della nostra.

Ed in pria l'idea che il marito e la moglie obbligati in solido per un affare della comunione non sieno due debitori principali, ma un debitore ed una mallevadrice, è vera *relativamente* ma non assolutamente, siccome lo crede la logica della decisione e di Troplong. È vera relativamente al marito, ma falsa per gli altri, e tanto in faccia al terzo condebitore che in faccia al creditore: solo in faccia al marito nei rapporti scambievoli dei due coniugi, e trattandosi di farsi indennizzare la moglie dalla comunione o dal marito, dichiara il nostro articolo costei semplice mallevadrice. Si commette adunque un primo errore attribuendo alla moglie la qualità di garante in faccia al terzo condebitore.

Ma quand'anche fosse esatta tale idea, falsa ne sarebbe la conseguenza, e mostreremo qui un secondo errore più grave del primo.

Infatti, se la moglie in faccia al terzo condebitore, come in faccia al marito, fosse stimata semplice garante, una tal qualità lungi d'aggravarle le conseguenze del dritto comune potrebbe rendergliele più miti, ed anzichè dover pagare al condebitore una parte maggiore della sua, non pagherebbe nemmeno questa, perchè un debitore principale non può rivolgersi contro di lei semplice mallevadrice. Si ponderi bene ciò che segue. Se il nostro articolo non fosse, se la moglie rimasta sotto il dritto comune fosse verso di tutti, anche verso il marito, debitrice principale per la sua parte, cioè per il suo interesse personale nello affare; in questo caso quello dei due condebitori, il marito o il terzo che avrebbe pagato lo intero debito, non potrebbe chiederle che la parte da lei dovuta (art. 1213, 1214, (1166, 1167)). Or se non è da contrastarsi che il terzo condebitore potrebbe rivolgersi contro la moglie soltanto per la parte di lei, e non già per quella pure del marito, come dire che potrà egli pretendere le due parti perchè la moglie gode del beneficio onde è riguardata come mallevadrice?.. Delle due cose l'una, o che il beneficio è dato alla moglie soltanto in faccia al marito, e allora il terzo in faccia a cui resta condebitrice, serba il dritto di domandare da lei la sua parte (ma non dippiù), o esiste tal beneficio pure riguardo al terzo, e questo allora avrà contro la moglie meno dritti di quanti ne avrebbe avuto!.. Che! I rigori del dritto comune si aggraverebbero per la moglie colla eccezione fatta per addolcirli! Il privilegio che le toglie la qualità di debitrice principale per *renderla* semplice mallevadrice, la sottoporrebbe a pagare al condebitore, e la sua parte e quella del marito, nel mentre qual debitrice principale ella sarebbe stata tenuta alla sola sua parte!..

Il vero si è che si può dal terzo condebitore ripetere dalla moglie la parte di lei, soltanto perchè ella rimane debitrice principale in faccia a lui e semplice mallevadrice quanto al marito.

III. — L'eccezione del nostro articolo al dritto comune è un privilegio surto dalla particolar posizione della moglie *in faccia* al marito. Ma tal privilegio non è *perenne*, e vi ha dei casi in cui la moglie deve esser sottoposta, sì pel marito che per tutti gli altri, al dritto comune.

Se il legislatore ha stabilito quale regola generale, che obbligandosi la moglie in solido col marito, anco per la sua comunione, sarebbe riguardata in faccia a quello come mallevadrice, e non personalmente gravata d'alcuna parte di debito, gli è perciò che ella si obbliga col marito a fine di garantire la obbligazione di questo, e senza volontà di contribuirvi diffinitivamente. Or in alcuni casi speciali non ha più luogo il beneficio del nostro articolo, perchè la moglie ha dovuto aver l'intenzione di sostenere definitivamente la sua parte del debito. L'articolo 1438 (T) ce ne porge un esempio, dichiarando che se i coniugi han dotato il loro figlio comune senza dinotar la porzione per cui intendevano di contribuire, si ritiene che ciascuno sia concorso a dotarlo per una metà. È ben naturale infatti che la madre debba pure, come il padre, interessarsi al collocamento di un figlio; nè si può credere, senza una dichiarazione espressa, che la sia intervenuta ad un tale impegno come malleva-

drice del marito, e senza voler di nulla gravarsi: si osservi d'altronde che le espressioni del nostro articolo, doversi *reputare* la moglie come mallevadrice, *presumersi* come obbligata con quel titolo, fanno intendere esser quella una condizione che svanisce, ove risulti dalle circostanze l'intenzione della moglie di obbligarsi personalmente. E così fu giudicato da una decisione della Corte di Lione in un caso in cui i coniugi si erano in solido obbligati per il cambio militare del loro figlio. La moglie che avea pagato una *metà* della somma dovuta, pretendea poi di esserne rindennizzata sulla eredità del marito; ma la Corte rigettando le sue pretensioni *giudicò*, ed a ragione, aver lei *adempito* ad un'obbligazione sua propria (1),

IV. — Diciamo da ultimo che la regola del nostro articolo per il caso di un debito in solido, avrà pur luogo, come anche fè osservare dopo di noi Troplong (II-1039), per il debito contratto unitamente e non in solido dai coniugi in comunione. In tal caso pure la moglie (tranne quei casi particolari di cui abbiamo parlato) si reputerà per rispetto al marito come semplice mallevadrice, benchè l'affare sia della comunione. La differenza sta in ciò, che il creditore, essendo in solido il debito, può rivolgersi alla moglie o al marito per lo intero, ed essendo il debito congiunto, per una sola metà; restando sempre alla moglie, come sopra vedemmo, il dritto di rivolgersi per essa metà contro la comunione e sussidiariamente contro i beni propri del marito. E se i coniugi si sieno obbligati non in solido per un affare personale ad uno di loro, qualunque dei due avesse pagato il debito dell' altro dovrebbe esser compensato, come se il debito fosse stato in solido.

1432 (1403). — Il marito che si obbliga in solido, o altrimenti, per garentire la vendita fatta dalla moglie di un immobile particolare di lei, venendo molestato, ha similmente il regresso contro di essa, tanto sulla di lei parte nella comunione, quanto sopra i di lei beni particolari.

I. — Se il marito obbligato, o non, in solido per garantire la vendita fatta dalla moglie di un di lei immobile, è tenuto ad adempire la sua obbligazione, potrà chieder compenso della moglie di cui egli ha *pagato* il debito personale. Se però egli *non ha garantito* la vendita della moglie, ma l'ha semplicemente *autorizzato*, non sarà più obbligato per rispetto all' acquirente, secondo dicemmo nell'art. 1419 (T).

Per l'incontro se la moglie ha garantito una vendita fatta dal marito, e l'acquirente molestato si rivolgesse contro di lei, essa potrà parimente chieder compenso (sia del marito o della comunione l'immobile venduto), riputandosi la moglie, come vedemmo nell'articolo precedente, semplice mallevadrice.

1433 (T). — Se sia venduto un immobile appartenente ad uno de' coniugi, o siasi accordato il riscatto in danno di una servitù dovuta a qualche fondo particolare di uno di essi, ed il prezzo sia stato versato nella comunione senza rinvestirlo, si può prelevare un tal prezzo dalla comunione, a profitto del coniuge che era proprietario dell'immobile venduto, o della servitù riscattata.

(1) Lione, 11 giugno 1833. — *Vedi* pure: Parigi, 30 dic. 1841 (Dev., 33, 2, 654; Dalloz, 4, 2, 181); Troplong (II-1042-1045); Rodière e Paolo Pont (t. I, n. 607). — *Junge:* Rennes, 22 nov. 1848; Bordeaux, 1 mag. 1853 (Dev., 51, 2, 85; 52, 2, 154). — *Vedi* inoltre la Dissertazione di Paolo Pont nella *Rivista critica*, t. II, p. 16.

SOMMARIO

I. Perchè si dia luogo a compenso, fa mestieri che la comunione abbia ricevuto il prezzo (significato di queste parole: censura dell'opinione di Delvincourt) e che non si sia reimpiegato.
II. Regola per farsi la pruova. — Principio generale di cui questo e i due precedenti articoli sono applicazioni particolari.

I. — Quando si è venduto un immobile di proprietà d'uno dei coniugi, e questi ha acconsentito per una data somma alla estinzione delle servitù dovute al suo immobile, o ha concesso su questo servitù passive; o a dir breve un dritto qualunque è stato alienato dal coniuge per danaro, se questo si è messo nella comunione, e non se ne sia fatto il reimpiego per il coniuge, questi avrà dritto a compenso contro la comunione quando ella si scioglie.

Richiedesi a ragione dalla legge che il prezzo entri nella comunione; fino a tanto che il prezzo è dovuto, il coniuge ha un credito per se, e se in tale stato di cose la comunione si scioglie, egli che ha conservato il suo credito come cosa propria, nulla ha da chiedere alla comunione; può rivolgersi contro il debitore, soffrendone ove occorra, la insolventezza. Vi sarebbe di certo eccezione a tal principio se per incuria del marito amministratore dei beni della moglie, questa perdesse in tutto o in parte una somma a lei dovuta; ma in principio e tranne tal particolare circostanza, resta il credito a rischio del coniuge creditore che ha solo dritto al compenso quando la comunione ha ricevuto il danaro. La somma è vero deve versarsi nella comunione; ma ciò non si esageri. Se a mò d'esempio, il prezzo d'un immobile della moglie fosse stato delegato dal marito ai suoi personali creditori, o ne avesse egli fatto donazione ad un terzo, non crediamo doversi per ciò dire con Delvincourt, non aver la comunione ricevuto la somma e non esser perciò astretta a compenso; l'averne disposto il capo della comunione importa che questa ne abbia preso possesso e ricevutala (1).

Si ha dritto a compenso quando non si sia reimpiegato il prezzo della alienazione; idea tanto semplice che non era uopo esprimerla. Se il danaro dovuto al coniuge è stato impiegato nell'acquisto d'un immobile divenuto suo proprio, adempiute le condizioni volute, egli non ha più nulla a pretendere.

Le condizioni del reimpiego sono indicate nei due seguenti articoli da noi già spiegati.

II. — Non si dice dal nostro articolo da chi debba esser fatta la prova nelle circostanze di cui trattasi. Spetterà al coniuge proprietario della cosa venduta provare che il prezzo sia realmente entrato *nella comunione*, o si dovrà in contrario presumere il pagamento della comunione fino a che l'altro coniuge provi non essere stato fatto? Per l'indole stessa delle cose dobbiam qui fare una distinzione tra il marito e la moglie.

Se si è alienato un bene della moglie, siccome il marito amministratore dei beni di lei e capo in uno della comunione ha dovuto ricevere il danaro, per una naturale eccezione non deve più l'attore giustificare la sua domanda, ma invece ammettersi contro il marito fino a prova in contrario la presunzione che il danaro sia entrato nella comunione (2). Ma se dal marito ripetesi il compenso, egli è tenuto provare che la somma ricevuta è stata posta nella comunione. A ragione adunque una decisione di Bourges che avea deciso il contrario si è annullata dalla Corte Suprema per aver violato l'articolo 1315 (1269) (3).

Non si dimentichi quel che si è detto in

(1) Duranton (XIV-358); Paolo Pont e Rodière (I-709); Angers, 7 marzo 1845 (Dev., 46, 2, 79).
(2) Rodière e Paolo Pont (I-711); Zachariae (III, p. 453); Glandaz (n. 225).
(3) Cass., 13 agosto 1832 (Dev. e Car., 32, 1, 641).

principio di questa materia, che i debiti di compenso il cui principio generale era espresso dalla legge per quei dovuti alla comunione, sono anco regolati da un principio generale e analogo per quelli dovuti ad un coniuge. Adunque non solo nei casi particolari, di cui parlano i nostri tre articoli 1431, 1433 (1402, T) si dovrà il compenso al coniuge, ma anco tutte le volte che a spese del patrimonio proprio di questo, si sia avvantaggiato l'altro coniuge o la comunione. Siffatto principio è stato particolarmente applicato nei nostri tre articoli.

1434. 1435 (TT). — *Questi due articoli che stabiliscono le regole del reimpiego sono stati spiegati più sopra in seguito dell'art.* **1407** (T).

Il reimpiego dei beni proprî della moglie è spesso imposto al marito dal contratto di matrimonio, il che fa sorgere molte quistioni, di cui una più d'ogni altra è tanto importante quanto dilicata e controversa. Ma il caso di reimpiego stipulato nel contratto, non entrando nella materia della comunione legale, ma in quella della comunione convenzionale, sarà studiato nell'art. 1497 (T).

1436 (T). — **Il compenso del prezzo dell'immobile appartenente al marito non si dà se non sulla massa della comunione; quello del prezzo dell'immobile appartenente alla moglie si dà su' beni proprî del marito, quando non bastino quelli della comunione. In tutti i casi il compenso si regola secondo il prezzo della vendita, non ostante qualunque cosa potesse allegarsi intorno al valore dell'immobile alienato.**

SOMMARIO

I. Differenza fra il marito e la moglie per l'esercizio dei compensi. La comunione è nell'obbligo di restituire il prezzo ricevuto: non potrà provare che il prezzo della vendita non sia il valore dello immobile, ma solo che il prezzo indicato nel contratto non sia realmente quello della vendita: errore di Toullier e d'una decisione di Lione.

II. Non c'è luogo a compenso se la comunione ha ricevuto i soli frutti dei beni proprî. Censura della dottrina degli scrittori.

III. Viceversa, si dà luogo a compenso sempreché la comunione ha ricevuto un capitale proprio: grave errore di Duranton.

I. — Il compenso del prezzo di alienazione di cui parla il precedente articolo, ed a dire più esatto ogni compenso dovuto alla comunione si preleva allo scioglimento sulla massa da dividere, sia l'uno o l'altro dei coniugi a cui esso è dovuto (articolo 1470 (T)). Ma nel mentre che pel marito il dritto si limita a questo, di modo che ci perde il compenso quando nella massa non vi ha di che pagarsi (1472 (T)), perchè la moglie non è tenuta essendo in comunione su i suoi beni personali (1483 (T)), la moglie al contrario ove non bastino i beni comuni, sarà compensata coi beni personali del marito (1472 (T)), dovendo questi personalmente quanto deve la comunione. Queste regole che son combinate nella prima parte del nostro articolo, che poi ne cava la conseguenza, ci saranno particolarmente indicate dagli articoli 1470; 1472 e 1483 (TTT).

La seconda parte del nostro articolo porge una regola chiara, quanto logica. Riproducendo su tale punto la regola dell'antico dritto (1), dichiara che il compenso dovuto alla comunione per l'alienazione della cosa del coniuge, sarà sempre del prezzo ritratto dall'immobile, checchè si dica sul valore di esso. Il coniuge, di cui è stata alienata la cosa, pretenderebbe invano che

(1) Consuetudine di Parigi art. 233; Pothier, *Com.* (n. 586).

questa venduta 30,000 fr. ne valesse 40 mila, ed aver perciò dritto ad un compenso di tal somma; anche indarno si direbbe dall'altro coniuge che l'immobile venduto 30,000 fr. ne valea 20,000, e doversi ridurre il compenso a tal somma. Le quali cose sarebbero di nessun momento, nè si dovrebbero provare, perchè si dee fare restituire dalla comunione il vantaggio che ha cavato dalla alienazione. Che monta se l'immobile si vendesse 40,000 fr. o 20,000? La comunione ha ricevuto in prezzo 30,000 franchi; tal somma dunque deve ella restituire.

Ma se il coniuge non può essere ammesso a provare che il prezzo della vendita è stato o no maggiore del valore dell'immobile, gli sarebbe invece permesso di provare che il prezzo cennato nel contratto sia minore o maggiore del prezzo vero della vendita. Così la moglie avrebbe il dritto di provare come l'immobile del marito, che secondo l'atto appare essersi venduto 30 mila franchi lo sia stato per 20,000, o che l'immobile di lei indicato dall'atto come venduto per 30,000 fr. lo sia stato per 40,000. Dovendo la comunione restituire ciò che ha ricevuto nè più nè meno, non importa conoscere se abbia o no ricevuto il valore dell'immobile; ma bensì devesi conoscere se siesi ricevuta la somma indicata nell'atto. La quale idea è così vera che non sappiam come l'abbia potuto negare Toullier; il quale poichè l'ebbe insegnata (t. II-346), la combattè a lungo (t. III-181) allegando moltissime autorità. Ma nessuna di esse contraddice l'idea combattuta da Toullier, il quale sembra non la comprenda; avvegnachè esse dicano tutte che il coniuge non possa provare che il *prezzo di vendita* fosse minore o maggiore del *valore dello immobile*. Or per quanto è indifferente che sia diverso il prezzo della vendita dal valore dello immobile, altrettanto importa che *il prezzo indicato nel contratto* sia o no *quello della vendita*. Per falsa che fosse l'idea di Toullier, nè da Duranton nè da altri è stata fino al presente notata, anzi fu consacrata nel 1842 della Corte di Lione, la quale com'era naturale fu cassa dalla Corte Suprema (1).

In breve, come ragionevolmente vien *detto* dal Codice, il compenso si deve *secondo* la vendita; devesi restituire poichè il prezzo di essa, non quello che falsamente può indicarsi in un atto fraudolento. Per prezzo di vendita intendesi non che la somma principale stata pagata, ma i lavori accessori che abbiano potuto riunirvisi; se la comunione ha ricevuto una somma pagata *come mancia* (pot de-vin o epingles) se ha tratto vantaggio da carichi imposti al compratore, se ha ricevuto prestazioni di cose in specie, dovrà ella restituire insieme col prezzo capitale, le somme accessorie o il valore dei carichi o delle *prestazioni*.

II. — È controverso almeno in qualche applicazione, se la differenza del valore dei prodotti tra la cosa alienata dal coniuge, e quella che ei riceve in prezzo della alienazione, possa del pari dar luogo a compenso; a dir meglio se vi sia quistione di *compenso* quando la comunione ha ricevuto soltanto *tutti i frutti* dei beni dei coniugi.

Pothier (*Com.*, 590-594) ed il più dei moderni scrittori (2) rispondono del sì, non alla quistione riguardata come idea generale (che niuno la stabilisce in tal modo), ma per molte circostanze che indicheremo. Tal dottrina non sapremmo adottarla; ben crediamo che la quistione di compenso possa sorgere pel capitale dei beni, non per i frutti; e sì per far meglio comprender tal principio, come per logicamente procedere, abbiam ridotto ad un'idea semplice e generale le quistioni secondarie trat-

(1) Cass., 14 feb. 1843 (Dev., 43, 1, 193). — Conf. Besanzone, 21 giugno 1845 (J. P., 1846, t. II, p. 601); Douai, 28 aprile 1851 (Dev., 52, 2, 369); Rodière e Paolo Pont (I-713), Duvergier (sopra Toullier, t. XIII); Troplong (II-1162), Odier (t. I, num. 307), e la Dissertazione di Paolo Pont nella *Rivista critica*, t. II, p. 632.

(2) Merlin (*Rep.*, alla parola *Reimpiego* (53-2) Toullier (XII, 350); Duranton (XIV, 439 e seguenti); Zachariae (III, p. 154); Dalloz (X, p. 216, 217); Troplong; (Tom. 2, 1090). Vedi anche Angers, 12 maggio 1853 (Dev. 53, 2, 369).

tate qui dagli autori come indipendenti le une dalle altre.

Dicesi da noi che il compenso può esser dovuto pel capitale dei beni e non pei frutti.

Il principio si applica, e senza contrasto di alcuno, quando i due beni che si succedono nel patrimonio del coniuge, sono entrambi oggetto di un dritto perpetuo, e che il sostituir l'uno all'altro non presenti altro che la differenza dell'annuale prodotto.

A mò di esempio, allorchè il coniuge aliena una terra che locavasi 1,200 fr. per una casa che si appigionava 2,200, o per danaro che darebbe la stessa somma d'interessi, ben si vede non dover la comunione compenso alcuno al coniuge per lo aumento dei 1,000 fr. all'anno che costui gli procura, nè il coniuge potrebbe allo scioglimento prelevare sulla massa tante migliaja di fr., per quanti anni corsero dalla alienazione della terra. Viceversa, se la cosa alienata dal coniuge dava 2,000 fr. all'anno, ed il valore ricevutone era di 1,200; si vede del pari che la comunione non avrebbe dritto alcuno ad esser compensata dal coniuge per la perdita in ogni anno di 1,000 fr. cagionatale dall'alienazione.

Ma quando la differenza dei prodotti nasce dall'alienazione d'un dritto perpetuo in cambio d'uno a tempo, o viceversa, gli scrittori tutti ne rigettano il principio, insegnando esservi luogo a compenso, sia contro che in vantaggio della comunione. Se il coniuge adunque ha permutato la proprietà della terra che davagli 1,200 fr. con un semplice usufrutto d'una cosa che ne produce 2,200, e la comunione si scioglie dieci anni dopo alla morte del coniuge, avendo questa ricevuto in ogni anno la somma di 1,000 fr. che non le sarebbe venuta se il dritto perpetuo non si fosse cangiato in temporaneo, dovrà essa agli eredi del coniuge un compenso di 10,000 fr. Ma se l'usufrutto di 2,200 fr. si fosse dal coniuge permutato con la proprietà della terra, che produce 1,200 fr., la comunione avrebbe dritto ad un compenso di altrettanti 1,000 fr. per quanti anni scorsero tra il tempo della permuta e lo scioglimento. Or tal dottrina generalmente adottata non è da ammettersi; essa è confutata dallo stesso principio su cui si posa il precedente scioglimento: se tal principio avesser ben compreso gli scrittori che noi combattiamo, lo avrebbero di certo applicato anche al secondo caso. Secondo un tal principio la comunione è, nè più nè meno, *usufruttuaria di tutti i beni appartenenti ai coniugi*... Essendo ella *usufruttuaria*, il coniuge proprietario è obbligato a lasciarla godere; ma non a farla godere (come si è obbligato per un pigionante) e in faccia ad essa non è per nulla garante. La comunione è usufruttuaria *di tutti i beni del coniuge*; varia è la natura di questi beni; e quand'anche la maggior parte o l'intero patrimonio del coniuge fosse di dritti puramente vitalizi, che devono estinguersi alla morte di questo, gli eredi di lui non potrebbero dopo lo scioglimento cagionato dalla sua morte, nulla ripetere dalla comunione che ha tutto assorbito. L'esser questa usufruttuaria di tutti i beni *appartenenti al coniuge* vale che il suo dritto esiste sù i beni in quanto sono del coniuge: allorchè costui acquista per qualunque causa la proprietà della tal cosa, la comunione ne ha l'usufrutto; quando il coniuge, ed anche per qualunque causa, non n'è più proprietario la comunione non ne ha più l'usufrutto: il dritto d'usufrutto della comunione è conseguenza del dritto di proprietà del coniuge, e dura fino a che la cosa esiste nel patrimonio di costui.

Or, poichè da un lato è la comunione usufruttuaria di tutto quel che appartiene al coniuge, senza che si debba considerare la natura delle cose, se perpetue o temporanee, il quando o il come sieno venute nel patrimonio del coniuge, se poco, molto o in nulla fruttifere, nè se lo sieno più o meno di tal'altra da quella sostituita nel patrimonio, come pretendere che la comunione possa pagare uno indennizzo pel godimento avuto della tale o tal cosa esercitando il suo dritto d'usufrutto? E viceversa, essendo la comunione usufruttuaria, e non dovendole il coniuge garanzia al-

cuna ed avendo essa *l'usufruttum* mentre quello ne conserva *l' abusum* ed il dritto di disporne, come volere che la comunione reclami contro gli effetti di quel dritto di disporre a cui il suo è essenzialmente sottoposto? In breve, il dritto della comunione è nè più nè meno quello di godere del patrimonio del coniuge, e varia secondo che questo si accresce o diminuisca; fintanto adunque che la comunione ha avuto il godimento del patrimonio e ne avrà colto i frutti, non deve essa indennizzo alcuno, e viceversa, fintanto che ella ha avuto l'intero godimento e tutti i frutti del patrimonio, non le si dovrà alcuno indennizzo(1).

Questo stesso principio ci trae alla soluzione di un ultimo caso in cui la quistione può in sulle prime parer più delicata. Ed è quello in cui l' alienazione si farebbe, stipulando che il coniuge o il suo contraente col prendere dal momento del contratto la cosa che gli si trasmette, rilascerà l' altra dopo un dato tempo; di modo che il coniuge, o a dir meglio la comunione, avrebbe da quel tempo o il godimento insieme dei due beni, o nè l'uno nè l'altro. Per via di esempio se il coniuge per 72,000 franchi ha venduto una casa la quale ne dava 3,600, a patto che il compratore, benchè avuto il possesso, ne pagherebbe il prezzo a capo di tre mesi e senza interessi, si dirà forse che un tal patto facendo perdere alla comunione il quarto della rendita d' un anno nella pigione della casa, o nell'interesse del prezzo, cioè 900 fr., avrà dritto la comunione ad esser compensata di tal somma dal coniuge; e viceversa dovrà essa pagare al coniuge lo stesso compenso se si fosse convenuto che il compratore, pagandone il prezzo contante, si godrebbe la casa a capo di tre mesi? Secondo il nostro principio si deve rispondere del no. La clausola per cui la comunione può or guadagnare or perdere è un accidente della alienazione; il dritto di consentir è conseguenza del dritto di disporre, e non si potrebbe privarne il coniuge che obbligandolo a perdere uno affare di rilievo, ed attaccando il suo *jus abutendi*. Da altra parte, siccome la comunione ha sempre avuto il totale dei frutti e non altro; e se è stata priva di godersi la tal cosa *per tre* mesi, si è perchè durante questi il patrimonio non ha avuto, nè la tal cosa, nè altro; che se in vece ha essa avuto un doppio godimento in tal tempo, è stato perchè durante questo il patrimonio ha avuto per poco due beni, invece di uno; a dir breve, come la comunione ha sempre avuto tutti i frutti del patrimonio, e niente altro, non può esser luogo a compenso nè dall'una parte nè dall'altra.

Si opporrebbe invano che il tal valore che sembra essere per l' intiero un capitale, debba riguardarsi come se fosse in parte di semplici frutti; e viceversa *quell'altro* che sembra esser di soli frutti contenga anche poca parte di capitale; che a mò di esempio, allorchè vendutasi una cosa di cui il compratore ha tosto il godimento, la somma che si conviene doversi pagare dopo sei mesi, non rappresenta soltanto il capitale, ma anche i frutti di sei mesi. Questa idea che vi spinge più lungi di quel che si vede è d'una grande giustezza, ma il legislatore giusto perchè ella spingerebbe al di là e farebbe nascere frequenti e grandi difficoltà l'ha del tutto bandita: l'idea è vera come fatto, e chi la perdesse di mira non sarebbe buono amministratore; ma qual principio legale è falsa, ed il giureconsulto che la tenesse per norma, cadrebbe in errore.

Senza fallo (e per guardare qui l' idea da un solo lato) colui che vende i *beni* per un danaro pagabile di presente, stipulando che continuerà a goderseli per qual-

(1) Proudhon (*Usufrutto*, V-2673). Bugnet (sopra Pothier VII, p.311) Rodière e Paolo Pont (I-716) e sopra tutto Mourlon (p. 47). *Vedi* anche Besansone, 18 febb. 1853; Nancy, 3 giugno 1833 (Dev., 53, 2, 457 e 55, 2, 253). *Vedi* pure come analoga nella ipotesi inversa, Cass., 10 aprile 1853. (Dev., 55, 1, 241). *Vedi* inoltre le dissertazioni di Mimerel e Paolo Pont nella *Rivista critica*, tom. III, p. 851 e tom. IV, p. 9 e 401, *Jungo*: Orléans, 27 dic. 1855 (J.P. 1856, tom. 2, p. 78).

che tempo, ne ha un minor prezzo, e prende per ciò una certa frazione del suo capitale. Così quei che aliena i suoi beni per una rendita vitalizia o per un usufrutto, *si mangerà i suoi fondi con la sua rendita*, e sotto forma di frutti assorbirà il capitale. E colui anche che permuta delle terre che danno il 3 per 100 con case che danno il sei, raddoppia la sua rendita a spese del capitale pel deterioramento continuo che soffrono le case, per cui è maggiore la rendita di esse(1). Ma la legge non potendo aver riguardo a tai fatti, dovea lasciare che ogni proprietario fosse libero di comporre il suo patrimonio di quei beni che meglio gli piacesse, modificarlo secondo che meglio gli talenti, e poter sempre o conservarlo od anche accrescerlo avendone un godimento più ristretto, o scemarlo od anche consumarlo affin di procurarsi un maggior godimento; d'altra parte non poteva andare incontro alle infinite difficoltà che sarebbero sorte ogni dì dal contrario sistema, anche per la semplice permuta d'una casa per un podere. Si deve ritener come frutto tutto ciò che riproduce a periodi una cosa, non importando se dessa rimanga intatta o debba consumarsi o distruggersi più o men presto. Che ciò siasi fatto sorge specialmente dagli art. 588 e 1568 (513, T), secondo i quali anche pei beni in cui il capitale si assorbe dai frutti, cioè per l'usufrutto della rendita vitalizia, il godimento estendesi a tutti i frutti, non potendone nè la più piccola parte rappresentare il capitale.

Certamente se fosse provato in fatto, e da speciali circostanze, che una alienazione del coniuge abbia avvantaggiato la comunione in frode dei suoi eredi non si applicherebbe più il nostro articolo: *fraus omnia corrumpit*. Ma in dritto non dovrà mai darsi compenso al coniuge, nè darsene da lui quando la comunione avrà raccolto tutti i frutti.

III. — Ma se la comunione non è tenuta a compenso, finchè ha preso per se i frutti, vi è sempre tenuta quando ha ricevuto un capitale proprio del coniuge; e Duranton che insegna il contrario, allo errore da noi combattuto ne aggiunge altro maggiore.

Egli (XIV-340), riproducendo una ipotesi di Pothier, suppone che un coniuge abbia venduto un usufrutto che gli dà in ogni anno 1,000 fr. per 12,000 entrati nel patrimonio della comunione, e che questa si sia disciolta 10 anni dopo per la morte del coniuge. — Pothier applicando a quel caso il principio da noi confutato nel precedente numero, insegnava che gli eredi del coniuge mentre han dritto al compenso di 12,000 fr. versati nella comunione, doveano compensar questa di 400 fr. di cui in ogni anno si era sminuita la rendita, per essersi mutato l'usufrutto che dava 1,000 fr. in un capitale che ne dava solo 600; per cui ammontando il totale di 10 anni a 4,000 fr., gli eredi del coniuge dovranno prelevare 8,000 non più 12,000 fr. Duranton combatte cotal decisione, non per il compenso di 4,000 imposto agli eredi (compenso non dovuto poichè la comunione ha ricevuto tutti i frutti del patrimonio), ma per il compenso domandato contro la comunione, pretendendo che gli eredi non abbiano dritto a *nulla*, e che i 12,000 fr. prezzo dell'usufrutto venduto sieno appartenenti alla comunione. Per la quale strana idea egli così ragiona: poichè la comunione si è sciolta colla morte del coniuge, l'usufrutto se non si fosse venduto si sarebbe estinto, e quindi il patrimonio del coniuge non si è per nulla scemato colla alienazione. Dunque *senza nulla perdere*, il patrimonio del coniuge ha arricchito il patrimonio comune; or si dà un compenso quando un patrimonio si arricchisca *a spese dell'altro*!

È questa una idea sì strana che non

(1) Due notevoli fatti su tal riguardo sono a nostra conoscenza. Nel 1782 un negoziante di Bordeaux lasciò a' suoi due figli una casa ed un vigneto di ugual valore. Nel 1833 il vigneto fu venduto 210,000 fr. e dopo qualche tempo si stentò ad averne per la casa 95,000. — Un fabbricante di Rouen avea comprato tra il 1818 ed il 1820 una casa di 38,000 franchi ed un piccolo podere di minor valore. Alla sua morte, nel 1841, il podere fu venduto 43,000 fr. e la casa 21,000.

sappiam come il cospicuo professore vi si sia per poco fermato. Come! non *perdo* io forse il denaro che voi mi prendete, e non lo acquistate voi a *spese mie*, mentre poteva io trarne un utile! Ciò posto tutte le cose che mi fossero donate per essermi proprie, potranno dunque togliermisi senza compenso per parte della comunione, poichè essendomi state donate io non le ho comprate! E tali cose potrebbero dunque essermi rubate senza che io possa far condannare il ladro, poichè questi mi direbbe non avere io sofferto alcun danno, non aver *nulla perduto*, non essersi egli arricchito a mie *spese* perch' io aveva acquistato quelle cose a titolo gratuito!.. In vero si dovrebbero confutare siffatte idee, dicendo che i beni donatimi appartengono a me e fan parte del mio patrimonio, come quelli comprati o permutati, e che la mia comunione mi fa quindi scemare il patrimonio, e si arricchisce a mie spese, appropriandosi i primi come i secondi?

Del resto l'acquisto qui non è gratuito, essendovi stato un contratto aleatario, il quale offrendo al patrimonio del coniuge un guadagno eventuale (che si è effettuato) presentava pure una perdita eventuale (per il caso in cui sciogliendosi la comunione per la morte del coniuge, l'usufrutto dovesse ancora durare). Ma quand'anche i 12,000 fr. fossero un puro guadagno, il compenso vi sarebbe sempre dovuto...In somma il dritto di usufrutto alienato dal coniuge essendo un bene proprio, lo è del pari il capitale dei 12,000 fr. prezzo della vendita, ed è chiarissimo doversi restituire dalla comunione che lo ha ricevuto. Essa non potrebbe ritenersi i 12,000 fr., come non lo potrebbe se si fossero reimpiegati dal coniuge in un immobile di ugual valore, ovvero se l' usufrutto si fosse direttamente permutato con un immobile.

2. Compensi dovuti alla comunione.

1437 (T). — Ogni qualvolta si prende dalla comunione una somma, sia per soddisfare i debiti o gli obblighi personali di uno de' coniugi, come sarebbe il prezzo o parte del prezzo d' un immobile proprio o il riscatto di una servitù prediale, sia per recuperare, conservare o migliorare i suoi beni particolari, o generalmente ogni qualvolta uno de' coniugi ha ritratto un particolare vantaggio dai beni della comunione, egli è tenuto a darne il compenso.

SOMMARIO

I. Il coniuge che ha fatto un negozio personale coi danari della comunione, deve compensarla dello ammontare della somma tolta da essa; si rigetta la dottrina di Duranton ed altri. Però se quegli ha fatto il negozio per la comunione, il compenso sarà dello ammontare del vantaggio procurato al coniuge.

II. Applicazione delle due regole. Controversia. Censura di un errore dello autore.

I. — Siccome allo scioglimento devesi dalla comunione restituire ad ogni coniuge o a suoi eredi tutti i valori personali che ella si è appropriata, così deve a lei ogni coniuge tutte le somme di cui lo ha fornito per affari suoi proprî; come per pagare un debito personale del coniuge (per esempio il dippiù che ei doveva per la permuta di un bene proprio, o il rimborso di una rendita che gravava sulla successione immobiliare che gli era pervenuta), o per togliere una servitù dall'immobile, o rimborsare nel caso d'una vendita d'immobile fatta da lui a vil prezzo, la somma ricevuta dall'acquirente e che ei dovea rimettere per riavere l'immobile, o per fare sui beni proprî riparazioni non ordinarie.

In queste poche righe abbiamo implicitamente soluta una quistione, che sembraci semplicissima, e che pur non di meno è

fortemente controversa. Ed è se il coniuge debba compensare la comunione del danaro somministratogli pel suo affare ; ovvero compensarla del vantaggio cavato dall'affare — Ci è sempre ben parso che il compenso del coniuge debba essere nè più nè meno della somma pagatagli : pure altri scrittori mettono innanzi la contraria idea come un principio da non oppugnarsi. Dice Duranton « I compensi sono regolati da tre principî ... *Il secondo principio* è che il compenso si debba *sino alla concorrenza di quel che il coniuge...ha guadagnato sulla spesa* (XIV-323 e 324) » Glandaz dopo aver detto non potere il compenso essere al di là delle sborsate somme, soggiunge: « bisogna ugualmente tener *per fermo* che il coniuge debba compensar la comunione *fino alla concorrenza del vantaggio avutone*. Queste due regole sono *fondamentali* (num. 274) ». Troplong (II-1193) è anche dell'istesso parere. Ma niuna base legale di tal preteso principio ci viene indicata, nè troviamo nel Codice altro che la sua condanna. Vero che la lettera del nostro articolo lascia nel dubbio su ciò, poichè dicendosi nel testo successivamente: « Tutte le volte *che togliesi dalla comunione una somma* per uno affare del coniuge » di poi; ogni qualvolta *che il coniuge ha tratto un vantaggio* dai beni della comunione », l'ultima frase, « ne deve il compenso » può esser presa dagli uni per compenso della *tolta somma*, e dagli altri per compenso del *vantaggio avuto*; ma se nulla dice su ciò il nostro articolo havvi un altro che ne parla. Ed è l'articolo 1408 (T), che prevedendo il caso dell'acquisto di un bene proprio fatto dal coniuge coi danari della comunione dice, che quegli si prenderà l'immobile « salvo a indennizzare la comunione del danaro *da essa dato* per tale acquisto » In fatti quando il coniuge usa del danaro della comunione, o questa si prende il capitale di quello, la comunione ed il coniuge sono mutuanti e mutuatari; e non è egli evidente che l'obbligo del mutuante è di rendere la somma prestatagli, senza badar punto o poco se l'impiego da lui fattone lo abbia avvantaggiato o pur no, e se il suo profitto sia stato più o meno della somma prestatagli ?

Rispondesi invano che la comunione, a differenza di un qualunque mutuatario, avvantaggiasi col godimento della cosa migliorata, che la compenserà della perdita avuta ricevendo meno di quel che ha preso. La è un'idea evidentemente falsa, poichè il vantaggio che la comunione cava dal miglioramento del bene proprio, l'avrebbe potuto cavare cogl'interessi o con qualunque altro impiego del suo capitale, e non avrebbe compenso alcuno della perdita toccatale di una frazione del capitale... Invano vuolsi far capo della supremazia del marito sulla comunione, per inferirne che egli debba qui godere di un grande arbitrio e che possa rendere ciò di cui è stato avvantaggiato. Ciò pareva semplicissimo una volta, quando il marito era veramente *signore e padrone* della comunione ; ma oggi che il Codice ha giustamente limitato quel diritto assoluto, non si potrebbe più ammettere ; e si vede ben chiaro ed appare dallo spirito del nostro dritto moderno, che il marito e la moglie debbano *indennizzar* la comunione , non pagandole lo equivalente di ciò di cui si sono arricchiti, ma restituendole, nè più nè meno , quel che ne hanno preso (1).

Senza dubbio, se il coniuge trae profitto da un affare della comunione, fatto nel suo interesse, per essa e per suo conto, dovrà questa raccogliere il maggiore o minor vantaggio , ed il coniuge a cui prò ridonda l'affare, dovrà indennizzarla fino alla concorrenza di tal vantaggio. Non vi ha più

(1) Demante (*Pr.*, III-84), Bugnet (sopra Pothier, VII, p. 326), Taulier (V, p. 112); Rodière e Paolo Pont (I-724). — La regola vedesi applicata nelle decisioni che hanno giudicato sulle costituzioni di rendita fatte in pro dei coniugi con un capitale della comunione, e colla clausola di riversione in persona del sopravvivente. Rig. , 29 aprile 1851 ; Parigi 11 giugno 1853 (Dev., 51, 1, 329; 53 , 2 , 456). *Vedi* pure su tal punto la Dissertazione di Paolo Pont, nella *Rivista critica*, t. II, p. 135.

chi toglie, chi dà in prestito; nè l'uno deve restituire all'altro la somma mutuatagli: la comunione ha fatto un affare suo proprio, ed il coniuge è tenuto in faccia ad essa per il principio che nessuno debbe arricchirsi a danno altrui; in modochè le deve solo quello di cui si è arricchito. Ma se il coniuge ha fatto un affare suo proprio coi danari della comunione, deve sentirne solo le conseguenze e restituirle la somma che ne ha presa.

Applichiamo il principio e l'eccezione ad alcuni casi previsti dagli scrittori, di cui uno molto dilicato ricevette da noi, in una precedente edizione, una soluzione erronea a nostro sentimento.

II. — Se un coniuge coi danari della comunione abbia ricomprato la rendita vitalizia che pagava ad un terzo, o l'usufrutto di cui era gravato un bene suo proprio in vantaggio di un terzo, dovrà sempre allo scioglimento restituir la somma pagata, senza riguardare se il terzo cui apparteneva la rendita o l'usufrutto, sia morto durante il corso della comunione o viva ancora. Nel primo caso si direbbe invano con Duranton (nn. 367 e 371) ed altri scrittori, che siccome l'usufrutto o la rendita quand'anche non si fossero ricomprati, si avrebbero dovuti estinguere, allorchè il coniuge riprende il godimento del suo patrimonio; così questi che niente guadagna, non deve nemmeno compenso veruno. Se il coniuge abbia fatto un buono o un cattivo affare non riguarda la comunione, come nè altri che dia in prestito; e quando il coniuge ha ricomprato il peso di cui trattasi, dovrà egli pagare il prezzo della ricompra.

Se il peso gravi sul patrimonio della moglie, e il marito l'abbia ricomprato senza che quella ne sia intesa, allora potrà negarsi qualunque compenso. Direbbe la moglie che il marito come capo ha creduto utile la ricompra alla comunione; la quale dovrebbe godere l'usufrutto del terzo, e pagargli la sua rendita; ma la moglie non traendo alcun vantaggio dalla ricompra, di nulla può esser debitrice alla comunione (1).

« Secondo tali regole, dicevamo nella precedente edizione, se un coniuge coi danari della comunione ha fatto eseguire delle opere nel suo fondo, dovrà indennizzar quella del danaro a ciò somministratogli, non badando al maggior valore che quelle opere abbian potuto procurare all'immobile, se le spese sieno state necessarie, utili o puramente voluttuose ». Rodière e Paolo Pont, che van d'accordo con noi sul principio di sopra indicato, discordano su questo punto che ne è la conseguenza e l'applicazione. Ammettono come noi che il coniuge il quale coi danari della comunione ha fatto il suo proprio affare, debba compensar quella della somma toltane e non già del profitto avutone; ciò non dimeno insegnano (I-728) che non si avrà dritto a compenso per le spese puramente voluttuose, se non quando l'immobile abbia acquistato colle migliorie un aumento di valore locativo e fino alla concorrenza di tale aumento. Ma non è questa una contraddizione? Le spese voluttuose sono senza dubbio un affare di gusto e di piacere, non un affare di speculazione; ma che importa ciò alla questione? Che importa ad un mutuante che voi vi serviate del suo danaro per fare un'operazione vantaggiosa o per soddisfare ai vostri capricci? E poichè Rodière e Paolo Pont, riproducendo ed adottando la frase molto esatta di Bugnet, dicono che il coniuge « diviene, in proporzione delle somme pagate, debitore di ciò ch'ei prende dalla comunione, *nè più nè meno come se l'abbia tolte in mutuo da altri* », come si posson mai considerare, per un caso qualunque, se il *mutuatario* abbia fatto coi danari mutuati un'opera più o meno utile, ovvero di puro capriccio? Ciò riguarda lui e non la comunione (2).

(1) Bugnet, sopra Pothier (VII-430); Paolo Pont e Rodière (I, 727); Demante (tomo III, pagina 484).

(2) *Vedi* Douai, 16 luglio 1853 (Devill., 53, 2, 577).

Cotal soluzione, dopo un novello esame, ci sembra sia inesatta ed applichi falsamente principî per altro giustissimi. Se un coniuge facendo l'affare della comunione deve il compenso di ciò di cui si è arricchito, non v'ha dubbio che facendo l'affare suo proprio dovrà compensar tutte le somme tolte dalla comunione. Ma si dovranno considerare le opere che un marito fa nel suo proprio fondo come un affare personale, sebbene le opere sieno puramente voluttuose?... Noi crediamo al contrario dovere per lo più una siffatta spesa tenersi per conto della comunione. Se il marito su di una sua possessione, in città o in campagna, ha fatto delle opere di abbellimento, delle costruzioni di mero capriccio per procurare alla moglie, ai figli, non che a se stesso una residenza abituale più comoda o più sana, o villeggiature annuali più deliziose e salutari, tutto ciò riguarda più che lui, la famiglia, la comunione.

E quand'anche le opere fossero buone per il solo marito, la comunione deve pagar le spese onde far che egli ristori le forze sprecate in prò di lei, ed abbia quei divagamenti di cui tutti sentiamo bisogno. Sarebbe questo il caso di dire con Coquille: « In tanto travaglio di mente egli scema di vigore e di vita; ed è ben ragionevole che il suo vivere fosse in qualche modo rallegrato. Alcuni infatti nelle fabbriche mirano più al piacere che all'utilità. E se egli avesse preso diletto del giuoco (o di altro) e vi abbia perduto, non dovrà punto compensare la comunione » (*Nivernais*, capitolo 22, art. 6).

Ammettiamo adunque che non si dovrà mai compenso (oltre il maggior valore) se le opere si sieno fatte per delizia, per piacere, e non per calcolo. Ma se per l'incontro tali opere, benchè di semplice adornamento, si sieno fatte dal coniuge sul fondo suo proprio per calcolo (come per crescere il valore locativo di una casa), elle andranno a peso del coniuge e peggio per lui se siano riuscite in male, e si dovrà il compenso non del maggior valore del fondo proprio, ma delle spese fatte.

§ 4. — *Delle doti costituite dal padre o dalla madre in comunione.*

I. — La parola *dote* può aver tre significati.

In senso largo vale tutti i beni che *il coniuge futuro*, l'uomo o la donna, indipendentemente dalla regola da adottarsi, porta per far fronte ai bisogni di famiglia. In un senso meno largo, e più ordinario, per dote s'intendono solo quei beni che porta la moglie, indipendentemente sempre dalla regola che essa adotta. Infine in un senso speciale e tecnico per dote s'intendono i beni che porta la moglie maritata sotto la regola dotale. In questo senso speciale si suppongono tre circostanze: 1° che i beni siano della moglie (non del marito); 2° che i coniugi adottino la regola dotale (non la comunione o altra regola); 3° infine che i beni siano dotali (e non parafernali). — Del resto importa solo distinguere il primo e l'ultimo significato, cioè la dote specialmente detta e quella intesa nel senso più lato, e che comprende la seconda e la prima idea.

Qui la legge vuol parlare della dote costituita dal padre o dalla madre ad un figlio, indipendentemente o del sesso di lui o della regola di matrimonio che adotta; ma il padre o la madre che costituiscono la dote, li suppongono maritati sotto la regola della comunione. Delle regole relative alla dote propriamente detta si farà discorso nel capitolo della regola dotale (art. 1542, 1543 (1355, 1356)); e lì pure (art. 1544, 1548 (1357, 1361)) si tratterà della dote quale essa sia, costituita dal padre o dalla madre maritati sotto la regola dotale.

Quindi il testo parla da una mano nel capitolo della *Comunione* della dote in generale *costituita dal padre o dalla madre in comunione*; dall'altra parte, nel capitolo della regola dotale dispone mano mano della dote specialmente detta e realmente *dotale*, ed altresì della dote in generale *costituita dal padre o dalla ma-*

dre maritati sotto la regola dotale. Non si trattò dei casi in cui i genitori non avessero adottato nè la comunione nè la regola dotale, perocchè i compilatori videro solo, per dir così, due regole, la Comunione e la regola dotale, ritenendo le altre come modificanti la prima.

II.— Si può in vero attaccare il disegno del Codice intorno alle disposizioni relative alla dote (che era consequenza dell'idea generale notata da noi nel principio del titolo). È difettoso perchè pone in due luoghi lontani le regole che si sarebbero più facilmente comprese, riunite in un medesimo punto ; è pur difettoso perchè si pongono come speciali al tal caso, regole generali e da applicarsi a tutti i possibili casi; quindi la disposizione dell'articolo **1440** (T) sebbene fatta per la regola della comunione, si applica parimente sotto la regola dotale e sotto qualunque altra, e le disposizioni degli art. **1547**, **1548** (**1360**, **1361**) che riproducono la precedente dell'artic. **1440** (T) si applicano pure in ogni ipotesi, e quale che sia la regola di chi è dotata e di chi dota, benchè poste nella materia della regola dotale. I compilatori anzichè riunire, come conveniva, le varie regole che si voleano riprodurre dell'antico dritto, hanno qui copiato nel capitolo della comunione ciò che trovarono negli scrittori dei paesi consuetudinari, e nel capitolo della regola dotale le regole degli scrittori dei paesi di dritto scritto; pure noi seguiremo gli articoli nel nostro comento, sicuri che le osservazioni già fatte e quelle che occorrendo faremo bastino a togliere la confusione che ne potrebbe sorgere.

1438 (T).— Se il padre e la madre abbiano unitamente dotata una figlia comune senza dinotar la porzione per la quale intendevano di contribuire, si reputa che ciascuno sia concorso a dotarla per metà , tanto se la dote sia stata somministrata o promessa su' beni della comunione, quanto se lo sia stata su' beni proprî d'un solo de' coniugi.—Nel secondo caso, il coniuge i di cui immobili, o beni particolari furon costituiti in dote, ha su' beni dell'altro una azione d'indennità per la metà della dote, avuto riguardo al valore di ciò che si è dato nel tempo della donazione.

1439 (T). — La dote costituita dal solo marito su' beni della comunione alla figlia comune, è a carico della stessa comunione; e qualora la moglie accetti, la comunione deve soddisfare la metà della dote, purchè il marito non abbia dichiarato espressamente ch'ei ne assumeva il peso interamente o per una porzione maggiore della metà.

SOMMARIO

I. Dote costituita al figlio comune dai coniugi.
II. Dote costituita allo stesso figlio dal padre o dalla madre semplicemente. — Dote costituita da uno dei coniugi a un figlio avuto da precedente matrimonio.
III. Antica clausola per la quale il figlio comune non godeva dei mobili ed acquisti del genitore premorto. Svolgimento della clausola, per cui il padre o la madre imputano la dote sulla successione del coniuge che premuore. Inesattezza di Toullier, di Rodière e Paolo Pont.

I.—Sebbene per le nostre leggi non si è dato dritto al figlio di costringere i parenti a dotarlo (artic. 204 (194)), pure è questo un obbligo naturale dei genitori che incombe a ciascuno di loro personalmente e li lega dell'ugual modo.

Quando due coniugi dotino congiuntamente il loro figliuolo comune, la dote, quali che sieno i beni su cui è costituita e poi pagata, è sempre dovuta da ciascuno di loro per metà, salvo che si dichiari il contrario. Certo se dìcesi che il tal coniuge o perchè più ricco dell'altro o per altro motivo pagherà i due terzi, i tre quarti, od

anche tutta la dote. Quindi sebbene la dote si fosse costituita e pagata esclusivamente sui beni propri della moglie, il marito sarà sempre tenuto ad una metà, e la moglie avrà il regresso contro di lui per la metà da lei data per suo conto. Parimente se la dote è costituita e data in beni della comunione, non si potrebbe pretendere dalla moglie di essere un peso della comunione, e di potersi ella esonerare rinunziando a quella: ella benchè rinunzi, deve per la sua metà, come il marito per la sua, compensare la comunione del debito pagato da essa per conto dei due coniugi (1). Del rimanente in ambi i casi la indennità da pagarsi o alla comunione da ciascun coniuge, o all'uno di essi dall'altro si determina secondo il valore della cosa al tempo della donazione, e non già secondo il maggiore o minor valore che può avere quando deve pagarsi l'indennità.

II. — Il Codice tratta quindi della dote costituita al figlio comune dal solo marito in beni della comunione, ma non tratta 1° della dote costituita dal marito in beni suoi propri, 2° di quella costituita dalla moglie, e 3° di quella che l'uno dei coniugi farebbe ad un figlio nato da precedente matrimonio. Mano mano tratteremo di ciascheduno di questi varî casi.

Quando il marito ha costituito la dote sopra beni della comunione, egli dee riguardarsi aver agito per conto e qual capo di quella, perchè secondo l'art. 1422 (T), egli può donare i beni della comunione per il collocamento di un figlio comune; ciò infatti sembra più naturale, poichè se si voglia reputare che abbia agito per suo proprio conto, da un lato la volontà di donare deve sempre prendersi in senso stretto; dall'altro essendo sì la moglie che il marito nell'obbligo di dotare, è ben naturale il supporre che il marito abbia inteso donare in modo che la moglie ne sostenesse la metà. Ciò posto la legge dichiara doversi qui reputar la dote, tranne non vi sia una dichiarazione in contrario, a carico della comunione; in guisachè la moglie ne sosterrebbe metà se accetti, nulla se rinunzi. Che se nell'atto il marito dica volersi gravare personalmente di tutta la dote, o di tre quarti, o di qualsiasi porzione che passi la metà, egli non potrà più mettere innanzi la supposizione di sopra, e la moglie accettando dovrà semplicemente il dippiù. Ma se egli abbia dichiarato volersi gravare solo *di metà*, si riuscirebbe sempre ad un punto, poichè la dichiarazione di lui indicherebbe quella volontà che la legge gli suppone quando ei tace.

Non si creda per altro che la legge, parlando di dote costituita *sopra i beni della comunione*, riguardi solo le cose determinate *in individuo*, la tal casa, la tal rendita, quelle botti di vino della tale cantina, ecc.: ogni volta che la dote consiste in una promessa di una determinata somma *in genere*, sarà per ciò stesso costituita in beni comuni, e si applicherà la nostra regola; poichè in generale i danari fan parte dei beni della comunione, e la dote così costituita andrà a peso di questa comunione, secondo l'art. 1409-2° (T).

Se il marito abbia costituito la dote sopra beni suoi personali, ha fatto un affare suo proprio, e la moglie rinunziando od accettando non deve sostenerne la benchè menoma parte.

Da ultimo, se la moglie sola costituisce la dote al figlio comune, dovrebbero farsi varie distinzioni. E dapprima se la dote è costituita in beni comuni o (che vale il medesimo) in una determinata somma *in genere*, e la moglie sia autorizzata dal marito, sono obbligati la comunione, e quindi il marito (art. 1419, 1426 (T, 1397); ma l'una e l'altro hanno il regresso contro la moglie che deve sola pagare l'intera dote, avvegnachè il marito autorizzando la moglie, e nulla per se promettendo, ben rivela di non voler contribuire alla dote.

Se la moglie nell' assenza del marito,

(1) Rig., 14 genn. 1836 (Dev., 36, 1, 289). — Vedi pure Bordeaux, 17 gennaro 1854 (J. P., 1856, t. 1, p. 503).

autorizzata dal giudice costituisce la dote in danaro o in altri beni comuni, essa agisce in vece del marito, per modo che la dote dovrà pagarsi dalla comunione come se l'avesse costituita il marito, e quindi sarà pagata o dai due coniugi, da ciascuno per metà se la moglie accetta, o dal solo marito se ella rinunzia. Se in fine la moglie. non monta se con autorizzazione del marito o giudiziale, avesse costituita la dote in beni suoi propri, ella dovrebbe pagarla per intero.

Quando uno dei coniugi costituisca la dote al figlio di un precedente matrimonio, egli deve interamente pagarla senza distinzione di sorta. Se dunque la dote è data in beni propri, niuna difficoltà s'incontra; se al contrario in beni comuni, la comunione sarà compensata dal coniuge debitore della dote (art. 1469 (T)).

Ben si comprende (cotesta osservazione si applica a tutte le sopraddette ipotesi) che se delle volte è da riguardarsi il patrimonio su cui la dote è costituita e promessa per conoscere chi debba pagarla, bisogna aver riguardo al patrimonio su cui la dote si prende e si dà (che può non essere il medesimo), per conoscere se, a chi, e da chi sia dovuto il compenso.

III.—Un tempo permettevasi al padre e alla madre (art. 281, Consuetudine di Parigi) di imporre un peso alla dote costituita al figlio dopo la morte di uno di essi, lasciando che il superstite goda in sua vivenza dei beni mobili e della porzione di quelli che spettano al predefunto; e se il figlio non ratificasse quella stipulazione e intendesse godere dei mobili e dei beni della comunione, egli dovrebbe imputare tutta la dote sulla successione del genitore predefunto, per modo che il superstite non ne dovesse pagare alcuna parte.

Il Codice dichiarando nulla qualunque rinunzia, fatta anche nel contratto di matrimonio, ai dritti da esercitarsi poi su d'una successione non ancora aperta (art. 791 e 1130 (708 1084)), e le condizioni contrarie alle leggi riputandosi non scritte nelle donazioni (art. 900 (816)), ne segue che qualunque stipulazione di lasciar godere il superstite sì degli acquisti o dei mobili, o di qualunque altra parte della eredità di chi morrà il primo, sarebbe al dì d'oggi come non avvenuta, quando anche si presenti non qual semplice condizione imposta dai genitori, ma qual convenzione formalmente stabilita tra essi ed il figlio—In qualunque modo fosse espressa la clausola, sarebbe nulla del tutto, ed un notaro, checchè ne dica Toullier (XII-338), dovrebbe negarsi ad inserirla, sebbene le parti insistono; dappoichè quegli non esercita, come crede Toullier, un ministero *puramente passivo*, nè deve essere organo di atti contrari alla legge.

Ma se i genitori non possono stipulare, anche consentendolo il figlio, che questi in considerazione della dote resterà privo di una parte della successione del premoriente, possono bensì dichiarare che la dote che gli costituiscono sarà sulla suddetta successione, o quel che vale lo stesso, che essa è data quale anticipazione di legittima del predefunto. Tal clausola è molto in uso e ne determineremo qui gli effetti.

Da essa deriva che il figlio al postutto sia dotato dall'uno dei due genitori che muore il primo, in modo che dopo la morte di questo, il superstite non ha dato nulla, e fintanto che vivono entrambi, ignorasi quale dei due abbia dato la dote. Ma tale incertezza lascerebbe, durante la vita dei genitori, indecise le quistioni di cui lo immediato scioglimento è indispensabile. A chi chiedere il pagamento della promessa dote? Da cui ripetere gl' interessi della somma dovuta o le annualità della stabilita rendita? A chi occorrendo si potrà chiedere la garanzia, a cui l'articolo 1740 (1586) sottopone il costituente?... A tali quistioni non può rispondersi col dire, *al genitore che morrà il primo!*

Or siccome è necessario che la qualità di costituente risegga sovra uno, nè vi ha ragione o pretesto, perchè pesi dippiù sull'uno o sull'altro dei coniugi (avendo essi costituito col medesimo titolo, colla medesima condizione e colla medesima eventualità), ne segue che provvisoriamente fino alla morte dell'uno debbano entrambi ri-

tenersi quali costituenti ordinarî, come se la clausola d'imputazione non esistesse, non potendo avere effetto se non dopo la morte. Ogni costituzione di dote fatta coll'imputazione di cui si è parlato, equivale alle due proposizioni: 1° la dote è da noi costituita, ciascuno per una metà; 2° ma ognuno di noi stipula che sopravvivendo non darà tal metà, come si obbliga a pagare il tutto se egli premuore. Segue da ciò che gli effetti della costituzione di cui parlasi sono molto varî, secondo il tempo in cui si guarda: 1° finchè i genitori esistono, le cose vanno come se l'imputazione non fosse, e quelli son riguardati come costituenti ordinarî, ognuno per la metà sua; 2° quando l'uno muore, tutto si cambia: essendosi compita la condizione della premorienza colla quale egli si era gravato della intiera dote (e retroaggendo come tutte le condizioni) dal solo suo patrimonio è ed è stata sempre dovuta la dote, e le cose debbono allora rimettersi nello stato in cui sarebbero, se il predefunto avesse costituito solo la dote *ab initio*.

Ecco ad esempio un sol caso di applicazione di quest'ultima regola. Se supponiamo che la dote benchè costituita dai genitori, si fosse tolta dai beni proprî dell'uno di essi, e giusto su quelli del superstite, l'intiera dote è stata da lui pagata qual debito del coniuge premorto ed ha il dritto sulla successione di questo ad un compenso pari al valore che aveano i beni donati al tempo della donazione.

Un'ultima parola su tal clausola d'imputazione. Se nel caso in cui la dote imputabile sulla eredità del predefunto ecceda il dritto ereditario del figlio, costui fosse obbligato a vedersi assottigliare la dote, ovvero il superstite obbligato a pagargli la porzione di dote che l'eredità non può dare, è gravemente controverso dagli scrittori.

Massè (*Giurisp. del notariato* V-481); Bellot (I, p. 568) e Tessier (I-33, B) insegnano la prima delle due idee. Toullier (XII, 340 e 341) per ragioni poco intelligibili, che il suo chiosatore Duvergier dice di non comprendere, e lo combatte vivamente, dichiara che il figlio sarà tenuto a veder ridotta la dote al suo dritto ereditario, e il genitore superstite non dovrà contribuire alla dote quando si dirà che la dote è data in anticipazione della legittima del premoriente; ma ei pretende non esser lo stesso se si dichiari *imputabile sulla successione* del predefunto.

Finalmente Paolo Pont e Rodière (I-99), senza distinguere i termini del contratto, e adottando altra distinzione, dicono che il superstite sarà tenuto pagare il compimento della dote, se questa è già pagata alla morte del coniuge, ma che non ne sarà liberato nel contrario caso.

Non sapremmo invero adottare nè l'una nè l'altra di queste distinzioni; e diciamo doversi applicare in tutte le ipotesi la dottrina professata dai tre primi scrittori, la quale è stata consacrata da una decisione della Corte suprema (1).

Cercasi invano da noi la differenza tra la dote che si dà per *anticipazione di legittima* e quella *per imputazione sulla eredità*; dappoichè fare un dono a condizione che s'imputerà sulla futura eredità del donante, vale fare un'anticipazione di legittima all'erede presuntivo. Se è vero che il superstite non può essere obbligato a dare il compimento della dote non ancor pagata al tempo della morte; dunque sopravvivendo nulla ei deve, benchè non basti alla dote il patrimonio del predefunto; or poichè anche in questo caso il debito non è del superstite, bensì del patrimonio del premorto, non importa a lui se il debito si paghi tosto o tardi nè la data del pagamento può far suo l'obbligo di un altro.

In breve, essendosi stipulato che la eredità del premorto darà solo la dote, il su-

(1) Cass. di una decisione di Grenoble, 11 luglio 1814. — Per la contraria opinione citasi da Toullier una decisione di Parigi degli 11 genn. 1819. Ma oltre che confutasi da noi lo avviso di lui, è dubbio se la decisione abbia il senso datole da Toullier.

perstite non deve contribuirvi. Per essere altrimenti bisogna sia stato detto che la dote s' imputerà in pria sulla eredità del premoriente, e poi su quella del superstite.

1440 (T)—All'assicurazione della dote è obbligato chiunque l'abbia costituita; e gl'interessi decorrono dal giorno del matrimonio, ancorchè sia conceduta una dilazione al pagamento, quando non siavi stipulazione in contrario.

SOMMARIO

I. Generalità di questa regola. Perchè il donante, in caso di dote, va soggetto di pieno dritto alla garanzia e al pagamento degl' interessi.

II. La garanzia della dote costituita ad uno dei coniugi è dovuta ad entrambi. In caso di stipulazione in contrario l' obbligazione vien meno. In che si estende tale obbligazione.

III. Il debito per interessi cessa, o con una stipulazione formale o quando la cosa è improduttiva: censura della dottrina di Toullier.

I.—Questo articolo, a differenza dei due precedenti, stabilisce un principio che non è speciale alla regola della comunione. La dote, sia costituita dai genitori maritati in comunione, o sotto la regola dotale o sotto altra regola, o da altri parenti, o da estranei, sia che chi la riceva si mariti in comunione, o sotto qualunque altra regola; in tutti i casi possibili ha luogo sempre la doppia disposizione del nostro articolo: infatti l'articolo 1547 (1360) la riproduce identicamente nella materia della regola dotale per la garanzia, e l'articolo 1548 (1361) per gli interessi.

La costituzione di dote è un atto differente dagli altri, che insiememente partecipa della donazione e dell' atto a titolo oneroso. Il dotante è un donatore, poichè gratuitamente e senza ombra di vantaggio reciproco si spoglia del suo; ma il dotatario sotto un riguardo riceve la dote a titolo oneroso, poichè essa è destinata a far fronte alle spese necessarie nel matrimonio, a cui non si sarebbe sobbarcato senza di quella. La dote adunque offre da un lato il carattere della donazione, e sarà quindi come questa soggetta alla riduzione, alla collazione, alla revoca per sopravvenienza di figli al donante; ma dall' altra presenta il carattere di atto a titolo oneroso, e quindi il dotatario ha il diritto di garanzia e quello di esigere interessi per la dote pagabile a termine, quando anche non stipulati.

Svolgiamo separatamente ciascuna di queste due idee

II.—In principio un donante non deve garantire ciò che dona. Ma quì avviene altrimenti; poichè siccome ambi i coniugi, il donatario e l'altro fan capo dalla dote pei bisogni domestici, non ci è a dubitare che la garanzia si debba all'uno non che all'altro. Delvincourt pretende che la garanzia della dote costituita alla moglie si debba al solo marito; ma la sua opinione è stata a ragione rigettata da tutti gli scrittori: poichè la moglie è interessata, non meno che il marito, a conservare i mezzi assicuratile dal contratto. L'errore di Delvincourt è tanto più strano perchè rigorosamente il dritto di garanzia appartiene in proprio alla sola moglie cui fu fatta la donazione; ed il marito ha il dritto di agire contro il donante come avente causa della moglie, e per l' applicazione dell'art. 1166 (1119) (1).

Del resto benchè il nostro articolo, e gli art. 1547, 1548 (1360 1361) permettano che il donante stipuli espressamente di non esser tenuto agli interessi, ciò può anche

(1) Duranton (XIV-296; XV-373); Tessier (I, pagina 193); Bellot (I, p. 538); Benoit (I-80); Zachariae (III, p. 390); Rodière e Paolo Pont (I-101); Odier (III, 1145); Troplong (II-2249).

fare per la garenzia; poichè se questo è lecito ad un venditore (art. 1627 (1473)), deve con più ragione esserlo al donante.

Ma qual sia l'estensione della garanzia imposta al donante? Non è detto nel Codice, sicchè dovrà risolversi la quistione secondo le regole dalla garanzia dovuta in caso di vendita, salve le modificazioni che le circostanze richiederanno secondo la differenza dei due casi.

Quanto ai crediti il donante garantisce solo la esistenza, non già la solventezza del debitore, poichè non ad altro sarebbe tenuto il venditore (art. 1693 (1539)). E siccome l'art. 1694 (1540) in caso di non esistenza vuole che il venditore debba rimborsare non lo ammontare del credito, ma il solo prezzo ricevutone, che è ciò che perde il cessionario, bisogna conchiudere che qui il donante non dovrà pagar sempre e specificatamente il capitale nominale del credito, ma quel che perderebbe il donatario, cioè quel che il donatario ne avrebbe ricavato, ove quello fosse esistito. Così se il preteso debitore fallisse al momento stesso del matrimonio o poco dopo, la garanzia dovrebbe ridursi al dividendo che si sarebbe ricevuto ove il credito fosse stato reale. Ma finchè può credersi che il donatario avrebbe ottenuto il valore del credito, dev'esser ristorato per intiero dal donante.

Per le cose corporali l'evizione può essere totale, parziale, ovvero di semplici vizî occulti.

Se ella è totale, il donante deve il valore che ha la cosa al tempo, sebbene sia più o meno del valore che essa aveva al giorno della donazione, dovendo egli rindennizzare il donatario del danno cagionatogli. Cotal soluzione, semplicissima se lo oggetto val meno di quando si donava, potrà sembrar rigorosa per il caso contrario, e si potrebbe affermare che il donante non ha potuto, in nessun caso, avere in pensiero di obbligarsi per più di quel che avea donato. Ma non va così: siccome è fermo principio che si renda indenne la persona garantita, e questa per lo aumento della cosa ha potuto crescere le sue spese o le sue obbligazioni di che è stato causa il donante, deve questi sentirne le conseguenze.

Se la evizione è parziale, il donante, come il venditore, deve pagare il prezzo della porzione scemata, in ragion del valore della cosa al tempo della evizione (articolo 1637 (1483)); ma il donatario potrà egli, come il compratore (artic. 1636 (1482)), costringere il garante a riprendere l'oggetto per intiero, pagandogliene il valore totale? No; perchè il compratore deve per ciò fare risolvere la vendita; ma un contratto sinallagmatico, come quello di cui è discorso, non si può risolvere, e il donatario infatti lo vuole interamente eseguito.

Infine se la cosa abbia semplici vizî occulti, potrà sorger dubbio se vi sia dritto a garanzia. Si potrà dire che il costituente col semplice fatto della donazione abbia dovuto trasmettere la cosa per come era, e che nulla deve pei pesi occulti, o segreti difetti. Ma tale idea è inesatta per quest'ultimo caso che per i precedenti: essa è vera soprattutto per il donante ordinario che sarà in conseguenza liberato sempre dal debito di garanzia; ma è falsa specialmente per il dotante il quale a tal riguardo si reputa come se avesse fatto un atto a titolo oneroso, e in tutti i casi è tenuto a garanzia.

I coniugi han fatto assegnamento sul valore che la cosa mostrava di avere, e devono essere quindi indennizzati.

Per altro o il donante ignorava i vizî, ed ha inteso procurare il valore che la cosa mostrava di avere, in modo che quella era l'intenzione delle parti; o li conosceva, ed allora era in colpa.

Sicchè nell'un caso come negli altri può il donante sottrarsi ai possibili risultamenti del suo atto colla espressa riserba che può sempre stipulare.

III.—Dovendosi colla dote far fronte ai bisogni domestici, si è fatta una eccezione al principio che gli interessi si devono dopo fattane la dimanda; ed è che, ove la dote non si paghi in contanti, correranno gli interessi di pieno dritto dal giorno del matrimonio.

La regola non si applica nè al caso in cui il donante dichiari formalmente nel contratto di non voler pagare interessi, nè quando la dote consista in cose che non ne producono. Il nostro articolo non che l'art. 1548 (1361) stabiliscono la prima eccezione, la seconda fondata sulla ragione sorge parimente dal testo di questi articoli, se ben si comprendano; poichè ivi sta detto non già, come sembra che pensi Toullier (XIV-97), che qualunque dote darà interessi, ma solo che la dote, ove potrà darne, li darà dal giorno del matrimonio.

Di conseguenza, se la dote che si paga a termine, consiste in una somma determinata, gli interessi corrono dal giorno dal matrimonio. Se l'oggetto è un immobile, si dirà per analogia dovere il donante rilasciare al donatario i frutti di esso o il loro equivalente.

Ma se trattasi, a mo' d'esempio, di mobili, il donante non dovrà interessi; nè tampoco li dovrebbe se egli avesse costituito un credito su d'un terzo non produttivo d'interessi; e ben a ragione la dottrina contraria di Toullier (*loc. cit.*) è stata rigettata da tutti gli scrittori, non che dal suo annotatore Duvergier (1).

N. B.—Bisogna metter d'accordo la spiegazione di quest'articolo con quella degli art. 1547 e 1548 (1360 e 1361).

SEZIONE III.

DELLO SCIOGLIMENTO DELLA COMUNIONE E DI ALCUNE CONSEGUENZE DI ESSO.

Per poco soddisfacenti che siano le divisioni adottate nelle quattro sezioni a cui noi siam pervenuti, le seguiremo per non isconvolgere di troppo gli articoli. Ma nel nostro sunto seguiremo l'ordine logico.

§ 1° — *Cause per cui si scioglie la comunione.*

1441(1405M).—La comunione si scioglie: 1° per la morte naturale; 2° per la morte civile; 3° per il divorzio; 4° per la separazione personale; 5° per la separazione dei beni.*

I. — Le cinque cause di scioglimento porte innanzi dal nostro articolo possono realmente ridursi a tre. Infatti da una parte il divorzio è abolito; e dall'altra la separazione di persona non va distinta dalla separazione di beni, poichè quella producendo la separazione dei beni scioglie mediatamente la comunione (articolo 311 (T)): sicchè questa sempre, intervenga principalmente, o come conseguenza della separazione di persona, è la causa unica dello scioglimento.

Ma viceversa devono sostituirsene altre due, di cui l'articolo non fa cenno: la sentenza che annulla il matrimonio putativo, e qualche volta la dichiarazione d'assenza. Abbiam visto infatti (art. 201-202 (191-192), n. III), che il matrimonio contratto di buona fede, annullandosi conserva tutti i suoi effetti pel passato; che quindi ha fatto esistere fra i coniugi una vera comunione che si scioglie per la sentenza, e che esso è come un matrimonio valido che si discioglie col divorzio. Abbiam visto parimente (art. 124 (130), nn. IX e XVII): che la dichiarazione di assenza di un coniuge in comunione diviene causa reale dello scioglimento di questa: 1° se il con-

(1) Delvincourt (t. III); Duranton (XV-382); Benoit (I-158); Tessier (I, p. 167); Zachariae (III, p. 392); Odier (III-1154); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Rodière e Paolo Pont (I-116); Troplong (II, 1255 e 1256).

* Il corrispondente art. 1405 è così concepito: « La comunione si scioglie 1. per la morte; 2. per la separazione personale; 3. per la separazione dei beni.

iuge elegge lo scioglimento provvisorio, e 2° quando scelto che abbia di continuare, segua poi l'immissione diffinitiva, se in ambi i casi non si giunga mai a provare o la esistenza o la morte dell'assente.

Cinque sono dunque le cause per cui la comunione si scioglie: 1° la morte naturale; 2° la morte civile; 3° la separazione di beni; 4° la dichiarazione di nullità del matrimonio; e 5° la dichiarazione di assenza.

Dopo ciò il Codice passa a due conseguenze particolari che trae alle volte lo scioglimento della comunione: 1° la pena che s' infligge al coniuge superstite per la mancanza d' inventario (articolo 1442 (1406)); 2° la separazione giudiziaria di beni, di cui s'occupa nel resto della sezione.

§ 2. — *Della mancanza d'inventario per parte del superstite.*

1442 (1406 M).—La mancanza di inventario dopo la morte naturale o civile di uno dei coniugi, non dà luogo alla continuazione della comunione; salve le azioni delle parti interessate relativamente alla pruova della esistenza dei beni ed effetti comuni, la quale pruova potrà farsi tanto per documento, quanto per pubblica fama.

Se vi sono figli minori, la mancanza di inventario fa inoltre perdere al coniuge superstite il godimento delle loro rendite, ed il surrogato tutore che non lo ha costretto a far l'inventario è solidariamente tenuto con lui a tutte le condanne che potessero pronunziarsi a favore dei minori.*

SOMMARIO

I. Il Codice non vuole si continui la comunione come in antico, ove manchi l'inventario.
II. Ma dà dritto a tutti gli interessati di provare per pubblica fama il valore della comunione. Questo dritto adunque non è solo pei figli minori: errore di Toullier.
III. Caso vi siano figli minori, per la mancanza di inventario perdesi il dritto d'usufrutto legale dal sopravvivente. Sviluppo di questa regola: controversia. Obbligo e risponsabilità del tutore surrogato.

I. — Un tempo, se il superstite coniuge non faceva inventario non si poteva sciogliere la comunione, la quale continuava tra quello e gli eredi del predefunto. Secondo la Consuetudine di Parigi ciò avea luogo se gli eredi erano figli del defunto e minori; ma secondo altre anche pei figli maggiori e per gli eredi collaterali (1).

Rimaritandosi il coniuge sopravvivente si formerebbe una comunione che dicesi *tripartita* poichè dividesi tra 1° il sopravvivente, 2° gli eredi del predefunto, e 3° il secondo coniuge. Dopo la morte di costui, la comunione poteva durare pure per li suoi figli, in guisachè se un padre in comunione con figli di vari matrimoni, togliesse a moglie una donna che fosse in simile condizione, formerebbesi una comunione composta di cinque o sei comunioni! E variando le condizioni e gli effetti di tali continuazioni di comunione secondo le differenti consuetudini, si entrerebbe in un labirinto a volerle liquidare, quando per esempio due coniugi maritati in un paese vengono a porre stanza in un altro ove uno rimanendo vedovo si rimariti sotto una legislazione diversa!.... Ma sotto il Codice tale imbarazzante stato di cose non può aver più luogo; dichiarandosi nel nostro articolo che la mancanza d' inventario fa cessare la comunione.

II. — Il Codice togliendo quelle bizzarre

* Il corrispondente art. 1406 è così espresso: « La mancanza dell'inventario dopo la morte naturale di uno, ecc.

(1) *Vedi* specialmente *Parigi*, art. 240-241; Orléans, art. 216; Bar, art. 232; Montargis, cap. 9, art. 3.

continuazioni di comunione, abilita gli eredi del predefunto, mancando l'inventario, a provare non solo con titoli, ma anche con testimoni e colla pubblica voce, il valore della comunione (1). Secondo noi tal dritto appartiene agli eredi del defunto, qualunque essi sieno. Vero che Toullier (XIII-5) e una decisione della Corte di Caen (2) che ne seguì la dottrina, insegnano essere dei soli figli minori, perchè si dice a questi soltanto appartenere l'antico dritto di far continuar la comunione, al quale fu sostituito quel beneficio. Ma in prima havvi in ciò un errore di fatto: spesso la comunione continuava coi figli maggiori ed anche coi collaterali; e siccome la nuova regola è tanto razionale, quanto l'antica ridicola e contro natura, era naturale che il Codice la stabilisse in modo generale. E ciò esso ha fatto accordando questo dritto alle *parti interessate*, e dopo scritto il primo paragrafo per tutti quelli che hanno interesse ad invocarlo, stanzia poi nel secondo quel che si debba decidere *quando vi siano figli* minori. Da ultimo ciò sorge pur chiaro dai lavori preparatori: l'oratore del governo dopo aver distinto il caso in cui vi fossero figli minori, da quello in cui non ve ne fossero, aggiunge che « *in tutti i casi* si ammetterà la pruova per voce pubblica, » e l'oratore del Tribunato alla sua volta dice che « il dritto esiste *senza distinzione* per le parti interessate (Fenet, XIII, p. 672 e 371) ».

III. — Il nostro secondo paragrafo che riguarda solo il caso di figli minori, ha fatto sorgere varie difficoltà. Questo principio, stanziato per la comunione, dovrà pure applicarsi per le altre regole di matrimonio? Il coniuge sopravvivente che formando l'inventario evita la pena pronunziata, dovrà necessariamente stenderlo in un termine stabilito? Dentro qual termine? Spirato che è, si perderà pure il dritto di usufrutto, o si rimetterà al giudice il dichiararlo perduto o no secondo le circostanze? Da ultimo si perde soltanto il godimento dei beni che appartengono ai figli nella comunione di cui non si è fatto inventario, ovvero di tutti i beni che possono appartener loro?

Toullier (XIII-8) e Chardon (n. 146) insegnano non potersi perdere i beni che pervengono al figlio dopo lo scioglimento della comunione; ma l'inesattezza di tale idea vien provata dalla discussione al Consiglio di Stato. Infatti i redattori per assicurare la formazione dell'inventario infliggono al sopravvivente che nol farebbe una pena severa, proponendo, oltre la privazione assoluta del dritto d'usufrutto legale che a molti non parve bastevole, un rindennizzo pari a un quarto della comunione (*ibid.*, p. 564-566). Quest'ultima idea non fu ammessa; ma dagli atti sorge ben chiaro che si è tolto al sopravvivente il dritto d'usufrutto legale stabilito dall'articolo 384 (298), il che pare anche troppo mite. Non si deve dunque aver riguardo nè all'origine dei beni, nè al tempo in cui pervengono al figlio; poichè colla mancanza dell'inventario, il sopravvivente diviene indegno del privilegio annesso dall'art. 384 (298) alla patria potestà (3).— L'inventario, secondo l'art. 1456 (1421) e l'uso costante dell'antica giurisprudenza, di cui i redattori intesero per fermo riprodurre la regola, deve stendersi nel termine di tre mesi, salvo il dritto al sopravvivente di farsi accordare dal magistrato

(1) È stato giudicato che la mancanza d'inventario non può derogare per nulla, contro il coniuge sopravvivente, alle regole relative alla composizione della massa da dividersi, e alle reciproche prelevazioni dei coniugi. In ispecial modo il coniuge sopravvivente in simil caso, dichiarando di provare che la successione del coniuge defunto era composta semplicemente di varî titoli di credito, non può costringersi a dare in ispecie i beni, mobili o immobili, portati in dote dal defunto per come s'indicano nel contratto di matrimonio, salvo il dritto che hanno gli eredi del defunto, per la mancanza d'inventario, a provare la consistenza dei beni della eredità, tanto per titoli che per pubblica voce. Cass., 5 marzo 1855 (Dev., 55, 1, 583. — *Vedi* intanto Amiens, 22 marzo 1855 (Dev., 55, 2, 326).

(2) Caen, 4 genn. 1840 (Devill., 41, 2, 82).— *Contra*: Caen. 19 genn. 1832; Odier (I-360); Paolo Pont e Rodière (I-762); Troplong (II-1284).

(3) *Vedi* Proudhon (t. I, p. 221). Rodière e Paolo Pont (t. I, n. 772).—*Vedi* frattanto Dijon, 17 gennaro 1856. (Dall., 56, 2, 94), e Demolombe (t. VI, n. 579).

una proroga, se per casi speciali quel termine non basti. — Avuto riguardo all' importanza che i nostri legislatori applicano alla formazione dell'inventario, di cui i riferiti atti fan pruova, sorge pur chiaro che la pena infliggesi per la mancanza dell'inventario; e fu violato lo spirito della legge nella decisione della Corte di Caen, con cui non fu pronunziata la perdita, perchè il termine era scorso dopo poco tempo dalla formazione dell' inventario, e d' onde per altro non era venuto alcun danno ai minori (1).

Il giudice non ha arbitrio, e non essendo fatto l'inventario nei tre mesi dalla morte, o prima di spirare la proroga accordata dal magistrato, non potrà più questi esimersi dal pronunziare la perdita. A ragione adunque la dottrina di questa decisione, che sembra esser quella di Proudhon (*Usuf.*, I-174), Bellot (IV, p. 345), e che è pure adottata da Demolombe (VI, 573), benchè confessi *che è in qualche modo arbitraria*, è stata generalmente rigettata (2). — Da ultimo, non ostante l'accanita controversia che scisse gli scrittori, non esitiamo punto a dire, come già dicemmo sotto l'art. 387 (480), n. VII, doversi la nostra disposizione applicare esclusivamente al caso della comunione e non potersi estendere ai casi in cui il sopravvivente si sia maritato sotto una delle regole di esclusione di comunione, di separazione di beni o dotale.

A ciò ci spinge un motivo ben semplice, innanzi a cui cadono tutti gli argomenti in contrario, cioè che qui trattasi d'una vera pena; che le pene non si potranno mai oltre al caso previsto estendere per analogia a casi non previsti, e che qui non si può neanco invocare una vera analogia, poichè anche gli avversarî riconoscono che l'inventario debba sempre stendersi sì nel caso di comunione, come nelle altre regole (3).

Inoltre è obbligo del tutore surrogato dei figli minori fare stendere lo inventario, e costringervi occorrendo il coniuge sopravvivente; ove ciò non faccia è egli tenuto in solido a tutte le condanne che possono pronunziarsi contro il coniuge sopravvivente, salvo sempre il regresso contro di questo.

§ 3. — *Della separazione giudiziaria di beni.*

1. Causa, forme e condizioni della separazione.

1443 (1407). — La separazione dei beni non può domandarsi che in giudizio dalla moglie, la quale si trovi in pericolo di perdere la dote, e quando il disordine degli affari del marito dà luogo a temere che i di lui beni non sieno sufficienti per soddisfare i dritti e le azioni di ricupera della moglie. Ogni separazione stragiudiziale è nulla.

SOMMARIO

I. La separazione dei beni si può fare per contratto o per sentenza: qui si parla dell'ultima. Quale è la sua causa?

II. Essa è o principale o accessoria alla separa-

(1) Caen, 18 agosto 1842 (Dev., 43, 2, 49).

(2) Douai, 15 nov. 1833 (Dev., 34, 2, 189), Toullier (XIII-17). Duranton (III-389), Chardon (n. 143), Battur (II-771), Zachariae (III, p. 467), Dalloz (X, p. 229), Odier (I-363), Paolo Pont e Rodière (I-770), Lamoignon (Tit. *dello stato delle persone*, n. 35), Pothier (*Garde noble*, § 3, art. 2), Troplong (II-1291-1295).

(3) *Confr.*: Proudhon (*Usufr.*, I-161), Bellot (II, p. 84), Duranton (III-390), Zachariae (III, p. 469), Toullier (V-120), Odier (I-366), Demolombe (VI-577), Troplong (II-1305); Tolosa, 19, dic. 1839 (Dev., 40, 2, 164); — *Contra*: Delvincourt (t. I), Toullier (XIII-10), Battur (II-620), Glandaz (n. 290), Chardon (n. 141), Paolo Pont e Rodière (I-764). — *Vedi* pure l' articolo speciale di Paolo Pont in cui svolge la sua opinione, nella *Rivista critica*, t. II, p. 600, e nella *Rivista del legislatore*, anno 1847, t. III, p. 37 e seg.

zione di persona. La prima, di cui qui parla la legge, non può, come l'altra, stabilirsi per contratto, e può domandarsi solo dalla moglie.

I.—La separazione di beni che, come abbiam visto, è una delle regole che i coniugi possono stipulare nel contratto, può ottenersi altresì dalla moglie con una sentenza che la sostituisca alla regola di comunione stabilita in esso contratto; in guisachè la sentenza diviene una causa di scioglimento di comunione.

La separazione di beni adunque può essere stabilita sì per contratto, come per sentenza. È cosa utile però osservare che la moglie può domandare in giudizio la separazione di beni, non solo se essa si trova sotto la regola della comunione legale o convenzionale, ma anche se sotto le due altre regole, l'esclusione della comunione e la regola dotale (articolo 6315 (1376)).

Un solo motivo può spingere la moglie a far pronunziare la separazione di beni; quando cioè gli affari del marito vadano così male da poterle far perdere tutti o parte dei suoi beni presenti o futuri. A torto adunque gli interpreti del Codice, seguendo rigorosamente la redazione poco precisa del nostro articolo, vogliono indicare due motivi distinti: 1° il pericolo della dote, 2° il timore che la moglie non possa esser soddisfatta dei suoi diritti e delle ragioni di ricupera.

La prima causa entra nella seconda, benchè pure offra la vera idea in un modo anche meno completo di quel che sia la formola generale da noi adottata, cioè, che la separazione di beni possa pronunziarsi quando negli affari vi sia uno scompiglio tale da mettere a repentaglio l'avere attuale od anche eventuale della moglie.

Così, quand'anche la moglie nulla abbia recato in dote, e nulla le sia pervenuto dopo il matrimonio, la mala amministrazione del marito sarà sempre causa di far pronunziare la separazione; poichè è nello interesse di lei l'assicurarsi la metà di ciò che resta nella comunione. Se non vi sieno fondi comuni, ella potrà avere un mezzo, una industria col cui prodotto potrà, dopo separata, avere dei mezzi per se e pei figli, mentre che durando l'amministrazione del marito, questi potrà perderne e sprecarne il tutto. E se infine la moglie non è in istato di poter guadagnare coi suoi lavori, non potrà in qualche mese, in qualche giorno, raccoglier delle donazioni o delle successioni che a lei importa conservare?

Anche per ciò, avuto riguardo alla cattiva amministrazione del marito, si potrà pronunziar la separazione, quantunque le entrate attuali della moglie sieno perfettamente garantite colla sua ipoteca legale; poichè da una parte le sue entrate possono di giorno in giorno aumentarsi, e la condotta del marito dà a temere non venga scemandosi la garanzia ipotecaria, o perchè non abbia ben mantenuto i suoi beni, o perchè abbia fatto dei tagli irregolari di boschi, o mutato gli immobili produttivi in semplice proprietà di delizia. Or non è prudente l'aspettare che il male divenga irreparabile per porvi rimedio.

E se spesse fiate la separazione si pronunzia nella supposizione che il marito abbia malamente amministrato, la si può pure quando il marito non è in colpa ed il disordine degli affari sia stato cagionato da forza maggiore. Ciò non è dubbio, poichè non ostante l'oculatezza del marito, i suoi affari possono andar sì male da risentirne la moglie non lieve danno (1)... Addippiù si potrà pronunziar la separazione, benchè dimandata per le colpe della moglie e le sue prodigalità e i suoi sciupi; ed essendo il capo della comunione nell'obbligo di impedir quelle prodigalità, ove se ne mostri incapace, gli si torrà l'amministrazione, salvo al bisogno di dare alla moglie, divenuta padrona dei suoi beni, un consulente giudiziario (2). Parimente il marito

(1) Pothier (n. 510), Toullier (XIII-33), Paolo Pont e Rodière (I-794), Troplong (II-133).

(2) Angers, 22 febbraro 1828.

non potrebbe far dichiarare inammissibile la domanda per un'accusa che può farsi alla moglie, come la fuga dal domicilio coniugale; la moglie non ha influito per nulla al cattivo andamento degli affari, per cui forse si è resa colpevole; i due dritti rispettivi non si distruggono l'un l'altro; quello del marito di obbligar la moglie a rientrare nel domicilio coniugale; e l'altro di questa d'impedire lo sperpero della sua fortuna (1)

In breve, e senza badare alle altre varie circostanze, deve o pur no ammettersi la separazione di beni, secondo che il patrimonio del marito sia o no talmente disordinato da porre in repentaglio i dritti presenti o eventuali della moglie.

II. — La separazione di beni che è una deroga al contratto di matrimonio, non può secondo l'art. 1395 (1319) avere effetto per una semplice convenzione delle parti; ove non fosse giudiziale, ma volontaria ed amichevole, sarebbe nulla. Pel medesimo principio è vietato dall'art. 870 (948) del Codice di procedura, che in questa materia si ammetta come prova la confessione del marito.

Gli è chiaro altresì che il marito non può mai domandar la separazione contro la moglie. Ma non si dimentichi che la separazione dei beni può esser conseguenza necessaria della separazione di persona; cotalchè può avverarsi per effetto (mediato) d'una domanda del marito, sebbene in buono stato sia il patrimonio dei coniugi. Cotal separazione di beni che deriva dalla separazione di persona, partorisce i medesimi effetti della separazione di beni principale; sicchè ad ambe vanno applicate le cose che diremo sotto gli art. 1448 (1412) e seguenti; ma gli articoli che comentiamo al presente riguardano solo la seconda.

1444 (1408).—La separazione dei beni, ancorchè pronunciata dal giudice, è nulla, se non è stata eseguita colla reale soddisfazione dei dritti e ragioni di ricupera competenti alla moglie, fatta per atto autentico fino alla concorrenza dei beni del marito, od almeno con istanze introdotte entro quindici giorni successivi alla sentenza e continuate senza interruzione.*

1445 (1409). Ogni separazione dei beni deve, prima della sua esecuzione, rendersi pubblica mediante un affisso ad una tabella a ciò destinata nella sala principale del tribunale di prima istanza, ed inoltre, se il marito è mercante, banchiere, o commerciante, in quella del tribunale di commercio del luogo del suo domicilio, e ciò sotto pena di nullità della esecuzione.

La sentenza che pronuncia la separazione dei beni ha effetto dal giorno della domanda.

SOMMARIO

I. Formalità da adempiersi prima della sentenza: loro scopo.
II. Formalità che debbono seguire. In che il nostro art. 1444 (1408) si abroga dal Codice di procedura.
III. La semplice notificazione della sentenza non è un principio di esecuzione; gli atti di esecuzione debbono essere continui. Controversia; si censurano due decisioni della Corte suprema.

(1) Angers, 22 febb. 1828; Poitiers, 15 agosto 1836; Parigi, 27 mag. 1837; ecc. (Dev., 36, 2, 461).

* R. 7 luglio 1827. — S. M. ha considerato che le leggi in vigore non contengono alcun principio da cui possa dedursi l'impedimento nel tribunale o nella gran Corte di conoscere nuovamente della medesima causa, quando sia rimasto nullo il primo giudizio per difetto di esecuzione; che anzi esempi contrari si scorgono in cui la legge permette ai medesimi giudici di conoscere delle stesse contestazioni, come avviene nei casi di revisione di conti e di ritrattazione. — Per tali motivi la M. S. uniformemente allo avviso della consulta dei dominî oltre il Faro, ha dichiarato che annullato il giudizio di separazione di beni tra i coniugi per mancanza degli atti di esecuzione voluti dalla legge nel termine dei giorni quindici seguenti, appartenga ai giudici dello stesso tribunale o della stessa gran Corte, ancorchè il personale dei componenti non fosse cambiato, pronunziare sulla nuova istanza.

I.—Cotesti due articoli che riguardano le forme da adempiersi dopo la sentenza di separazione, ebbero il loro compimento negli articoli 865 (943) e seguenti del Codice di procedura, nei quali si prescrivono inoltre quelle che devono precedere la stessa sentenza.

Dapprima siccome la sentenza di separazione, giusta il secondo paragrafo dello art. 1445 (1409), retroagisce al giorno della domanda (1), così ad evitare che si nuoccia a coloro i quali posson contrarre col marito, nell'intervallo che passa dalla domanda alla sentenza, si tenne pur necessario che intera pubblicità si desse alla stessa dimanda. In conseguenza la moglie, la quale per altro deve farsi autorizzare dal presidente del tribunale civile per promuovere la dimanda (art. 565 (943) del Codice di procedura), deve farne inserire un estratto: 1° in una tabella posta nella sala del tribunale (866 (944)); 2° nella sala del tribunale di commercio, se ve ne ha uno nel distretto (867 (945)); 3° nelle camere dei patrocinatori e dei notari (*ibid.*); e 4° in uno dei giornali che si pubblicano, o nel luogo ove risiede il tribunale, o se quivi non ne esistano, in un altra città del dipartimento (868 (946)). Queste formalità, che han per oggetto di prevenire i terzi che volessero contrarre coi coniugi, e i creditori del marito che volessero contrastare la domanda, conforme allo articolo 1447 (1411), si richiedono pena la nullità (art. 869 (947) del Codice di procedura); e perchè i creditori avessero il tempo di essere informati e d'intervenire ove vogliano, la legge prescrive che la sentenza non si profferisca pria di un mese dal dì in cui tutte le formalità siano state adempiute (*ibid.*).

II. — La moglie inoltre, pronunziata la sentenza, dee renderla pubblica per avvertire i creditori che potrebbero avere interesse ad oppugnarla (art. 1447 (1411)), non che quelle persone che potrebbero in avvenire contrarre coi coniugi. Giusta lo art. 1445 (1409), si rende pubblica con un affisso nella sala del tribunale imperiale, e quando il marito è commerciante, in quella del tribunale di commercio. Ma il Codice di procedura nel quale doveano avere compimento tali formalità (Fenet, p. 672-73) va infatti più oltre. L'articolo 872 (793) vuole, anche quando il marito non sia commerciante, che la sentenza di separazione si legga pubblicamente nella sala del tribunale di commercio; che vi si affissi pure lo estratto, o se non vi sia quel tribunale nel distretto, nella sala comunale del paese in cui dimora il marito, e vi si lasci lo affisso per un anno; infine che si affissi pure nella camera dei patrocinatori, e dei notai. Adempite le formalità si darà principio alla esecuzione, salvo che non debba aspettarsi la fine dell' anno durante il quale debbono restare gli avvisi.

Ma anche con tali varie formalità la separazione non è assicurata alla moglie: il legislatore non ignorando le frodi che spesso si ascondono nelle separazioni di beni non volle restringere i suoi rigori «. Le separazioni, diceva Bourjon (2), son quasi sempre gli spauracchi di cui si servono debitori ingiusti per allontanare i creditori e mettere i loro mobili in salvo di questi »: e l'oratore del governo diceva « non potersi pronunziare la parola separazione di beni, senza che si rammentino le frodi che su ciò si praticano (3) ».

La legge adunque suppone che ove la moglie non si affretti di mettere in esecuzione la sentenza, ciò avvenga perchè i suoi beni non sieno forse in grave pericolo; e in conseguenza l'art. 1444 (1408)

(1) La Corte di cass. giudicò che la sentenza retroagisce sempre, sia che la separazione di beni, si pronunzî principalmente o come effetto della separazione di persona. Ric., 20 marzo 1855 (J. P., 1856, tom. I, p. 51). Ma noi abbiam sostenuto il contrario, art. 311 (T), n. 4. — *V.* pure in questo ultimo senso Rodière e Paolo Pont, (t. II, numero 869); Delvincourt (t. III, p. 269); Valette, sopra Proudhon (t. I, p. 541); Demolombe (tom. IV, numeri 514 e seg.); Coin-Delisle, *Rivista critica* (t. VIII, p. 18 e seg.). — *Vedi* inoltre Parigi, 18 giugno 1856 (J. P., 1856, t. I, p. 9).

(2-3) *Dr. comm.*, cap. 3, sez. 1, n. 8.—Fenet. XIII, p. 672).

dichiara che la separazione dei beni è nulla, se non è stata eseguita entro quindici giorni dalla sentenza, o se non sieno almeno introdotte delle istanze, senza interruzione. Lo adempimento consiste nel soddisfacimento reale dei dritti e ragioni di ricupera competenti alla moglie fino alla concorrenza dei beni del marito, e ad evitare il pericolo di una data antecedente deve farsi con un atto autentico.

Siccome il Codice di procedura (articolo 174 (268)) aveva accordato alla moglie, che ottiene la separazione, tre mesi per procedere all'inventario della comunione, e quaranta giorni per risolversi ad accettarla o ripudiarla, si era in prima pensato che il nostro articolo era abrogato, che cessava l'obbligo nella moglie di dar principio all'esecuzione nei quindici giorni dalla sentenza, e che dovean quindi seguirsi le sole regole dell'art. 872 (950) del Codice di procedura (1). Ma è questo un errore palpabile rigettato a ragione dalla dottrina e dalla giurisprudenza (2).

Infatti l'art. 174 (268) non è poi inconciliabile coll'obbligo di doversi dar principio allo adempimento della sentenza nei quindici giorni successivi, poichè la moglie può adempir questa regola, esercitando i dritti che le spettano in qualunque ipotesi, sì rinunziando che accettando. Nè havvi contraddizione tra i due articoli su ciò che riguarda la esecuzione completa della sentenza nel termine dei quindici giorni; poichè da una parte l'obbligo imposto dell'art. 1444 (1408) è semplicemente facultativo, dall'altra l'art. 174 (268) non osta al pieno adempimento, poichè spesso lo sconvolgimento totale della comunione può indurre la moglie a rinunziarvi senza bisogno dell'inventario.

In un punto solo l'artic. 1444 (1408) non può conciliarsi colle regole posteriori del Codice di proc. (e sotto tal riguardo si reputerà abrogato), quando cioè impone l'obbligo di doversi continuare *senza interruzione d'istanze* la esecuzione principiata nei quindici giorni.

Se dopo un mese o due dalla sentenza questa si è pienamente eseguita per quei dritti indipendenti dall'accettazione o dalla rinunzia, la moglie cui restano quattro mesi e dieci giorni per dar compimento alla esecuzione, potrà riprender le istanze, dopo non breve interruzione. La quale è legittima, poichè i procedimenti possono essere annullati quando non si sieno continuati dopo i tre mesi e 40 giorni.

III.—Due ultime quistioni son sorte dal nostro art. 1444 (1408), le quali in dritto, a modo nostro di vedere, non offrono alcuna difficoltà; eppure han dato luogo a controversie, non che a strane decisioni della Corte suprema.

E in prima: quali sono gli atti della moglie, da cui possono dirsi incominciati i procedimenti entro i quindici giorni dalla sentenza?... Basta un qualunque atto di esecuzione, come un semplice precetto a pagare le spese della causa, o un'intimazione di recarsi presso il notaro, o una citazione davanti al tribunale per procedere poi alla liquidazione. Ma la semplice notificazione della sentenza è dessa uno degli atti di procedimento per la esecuzione? Una decisione della Corte suprema, che ne annullò una contraria della Corte di Bordeau, non che due altre decisioni posteriori di questa Corte han giudicato pel sì (3). Ma tal dottrina ci sembra erronea. La intimazione di una sentenza, che dee precedere qualunque esecuzione non è un atto di esecuzione: ciò è provato fra gli altri testi, dall'art. 155 (249) del Codice di procedura, il quale richiede (per le sentenze in contumacia) un intervallo di otto giorni dalla notificazione alla esecuzione. Invano mettesi innanzi che il tempo non

(1) Limoges, 24 dic. 1811 e 10 aprile 1812.

(2) Rouen, 27 aprile 1816; Rig., 11 giug. 1818; Rig.. 13 ag. 1818; Bourges, 13 febb. 1823; Toullier (XIII-79); Favard (*Com. coniug.*, sez. 5, n. 5); Duranton (XIV-414); Devill. e Car. (*coll. nov.* 3, 1, 269); Paolo Pont e Rodière (II-843).

(3) Cass., 9 luglio 1828; Bordeaux, 30 lug. 1833, e 20 marzo 1840 (Dev., 34, 2, 36; 40, 2, 210); Pigeau (*Proc. civ.*, 11, lib. 3); Th. Desmazures (II-1021). — *Contra*: Limoges, 11 luglio 1829 (Dev., 40, 2, 17); Toullier (XIII-77); Carrè (n. 2952); Bellot (II, p. 116); Troplong (II-1363).

basti, poichè sì la intimazione di recarsi presso il notaro, o la citazione di comparire innanzi il tribunale per passare alla liquidazione, come il precetto a pagar le spese potranno intimarsi insieme colla notificazione e col medesimo atto.

La seconda quistione è intorno alla durata della interruzione dei procedimenti cominciati per annullarsi la separazione; e una decisione della camera dei ricorsi (1) giudicò non doversi reputare *legalmente interrotte* le azioni, quando non si sieno continuate per undici mesi e 24 giorni, cioè per meno di un anno. Ma tal dottrina, secondo cui *il cessare dei procedimenti* (son queste le parole del relatore delle decisioni) *non costituirebbe* L'INTERRUZIONE LEGALE, *ove duri meno di un anno*, non è un manifesto arbitrio, ed in tal modo anzichè interpretarsi non si rifà la legge?... Ove consiste la differenza fra la discontinuazione o cessazione dei procedimenti e la loro interruzione?...

Da ove ricavasi che la cessazione diviene interruzione dopo *un anno*, e che non sarà tale dopo gli undici mesi e i ventiquattro giorni? Chi non iscorge che tal distinzione è così immaginaria come il termine richiesto per trasformar l' una nell'altra? La legge è molto precisa, spezialmente raffrontandosi le due parti della sua frase. Infatti che chiede essa mai? Che in un brevissimo termine *si esegua interamente* la sentenza; poi come per addolcir quella regola, spesso difficile ad eseguirsi, aggiunge che *almeno fra quindici giorni* si comincino le istanze che si seguiranno *senza interruzione*. E chi non vede da ciò, che discontinuazione o interruzione val tutt'uno, e che la legge vuole la esecuzione al più presto possibile?

Senza dubbio siccome qui trattiamo di continuità morale, che ammette intervalli, e spetta al giudice del fatto il valutar le circostanze, diciamo, d' accordo con tutti gli scrittori, che essi in ciascuna specie dovranno decidere se moralmente parlando vi sia continuità di azione, ed istanze non interrotte. Ma non bisogna perciò snaturarsi il dritto; e provandosi che vi sia stata inazione, cessazione d' istanze ben qualificate, si deve applicar la legge ed annullarsi la separazione.

Cotal nullità stabilita spezialmente nello interesse dei creditori, può anche opporsi dal marito (2), al quale la legge permette di opporre quella che risulti dalla mancanza di pubblicità (art. 869 (947) del Codice di procedura).

1446 (1410). — I creditori particolari della moglie non possono, senza il di lei consenso, dimandare la separazione dei beni. Non di meno in caso di fallimento o di prossima decozione del marito, possono valersi delle ragioni della loro debitrice sino alla concorrenza dello ammontare dei loro crediti.

1447 (1411). — I creditori del marito possono reclamare contro la separazione dei beni pronunciata dal giudice, ed anche mandata ad esecuzione in frode dei loro diritti; possono ancora intervenire al giudizio per opporsi alla dimanda di separazione.

SOMMARIO

I. La legge nega l'azione di separazione di beni ai creditori della moglie, tranne che costei non consenta: perchè? Ma se il marito divien fallito o decotto, i creditori possono agire, come se vi fosse stata separazione. Errore e contraddizione di Duranton e Zachariae.

II. I creditori non possono, contro il volere della moglie, proseguire l'azione intentata col consenso di lei. Essi possono (come pure i

(1) Rig. di un ric., 2 mag. 1831 (Dev., 31, 1, 161).

(2) Amiens, 19 febb. 1824; Bordeaux, 17 luglio 1833; Bordeaux, 11 ag. 1840 (Dev., 34, 2, 49; 41, 2, 3).

loro eredi) continuare, morta la moglie, l'istanza da lei introdotta.
III. Dritto che hanno i creditori del marito di censurare la separazione di beni o prima o dopo la sentenza. Sviluppo.

I. — Il dritto di domandarsi dalla moglie la separazione di beni, tuttochè pecuniario, è posto fra quelli esclusivamente attaccati alla persona, dacchè riguarda altissimi interessi morali (potendosi con esso turbare l'armonia domestica a danno dei coniugi e dei figli); i creditori quindi non possono esercitarlo senza il consenso della moglie.

Cotal regola, benchè forse censurata con poco avvedimento, è sommamente saggia; poichè la legge non deve assolutamente far prevalere l'interesse materiale dei creditori a quelli morali d'una intiera famiglia, mentre i creditori han potuto e dovuto calcolare dianzi, contraendo con una moglie in comunione, le conseguenze dello stato della loro debitrice,

La legge non può rimproverarsi affatto di aver mirato in secondo luogo all'interesse dei creditori della moglie, poichè ciò nondimanco essa grandemente li protegge. Infatti quando il marito fallisce o si dichiara decotto, i creditori del marito acquisterebbero i dritti dalla moglie, se rimanesse in comunione; ma i creditori della moglie possono per legge esercitare, fino alla concorrenza dello ammontare dei loro crediti, quei diritti che avrebbe potuto esercitare la moglie se separata.

Siegue da questa regola che la comunione, benchè continui in realtà e produca i suoi effetti per qualunque, si reputerà sciolta pei creditori della moglie, in guisachè questi nel loro interesse possono far ciò che quella potrebbe se separata di beni.

È questa spezialmente la dottrina di Duranton (XIV, nn. 418-421) e Zachariae (III, p. 476) i quali da ciò con ragione deducono che i creditori della moglie, al pari di lei, possono dopo la separazione rinunziare alla comunione onde esercitar quei diritti che la rinunzia fa a quella conseguire (salvo che la moglie debba restituire alla comunione lo ammontare di ciò che i creditori hanno preso, se dopo, allo scioglimento reale, accetti la comunione). Ma come posson mai dire dopo ciò gli stessi scrittori *(loc. cit.)*, che i creditori pagandosi sopra i beni proprî della moglie, devono prenderne la nuda proprietà, non potendo toccarne le rendite le quali, dicono, appartengono alla comunione?

La contraddizione è pur troppo manifesta. Se i creditori, come precisamente dice Duranton (num. 421, § 4), possono agire come se la *comunione sia realmente disciolta per la separazione di beni* (e ciò è certo per l'articolo 1446 (1410)), potranno pagarsi con le rendite dei beni della moglie, non che colla proprietà; se non li prendessero, atteso il fallimento o la decozione del marito, ne profitterebbero i di costui creditori! Se il legislatore ha sospeso il dritto dei creditori della moglie per l'interesse morale di lei e dei suoi figli, non l'ha sospeso punto o limitato per l'interesse puramente pecuniario degli altri creditori!...

Del resto reputandosi disciolta la comunione per rispetto ai creditori della moglie, e continuando ad esistere pei coniugi, ne siegue che allo scioglimento reale della comunione la moglie, accetti o rinunzî, dovrà il compenso delle rendite prese dai suoi creditori, giacchè nei rapporti dei coniugi fra loro, quelli son beni comuni, di cui si è fatto uso per soddisfare i debiti personali della moglie (art. 1437 (T)).

II. — I creditori, che nel caso del fallimento o di decozione, possono agire come se la separazione si fosse pronunziata, debbono sempre agire col consenso della moglie, per cui l'azione intentata prima col suo consenso non potrebbe esser continuata se quello si revoca, avvegnachè la moglie possa arrestare ove lo voglia l'azione dei creditori, come può abbandonar quella intentata da lei medesima. Ma se i creditori

debbono in vita della moglie agire col consenso di lei, non possono forse, morta che sia dopo intentata l'azione, continuare la istanza già incominciata? Essi sono grandemente interessati perchè lo scioglimento della comunione risalga al giorno della domanda, e cadano quindi gli atti che il marito avrebbe potuto compire nell'intervallo da quel giorno a quello della domanda.

Lo potranno essi? Sì; poichè la moglie che muore senza avere rinunziato all' azione, si reputa aver data autorizzazione ai creditori perchè agissero e non averla ritirata.

Con più ragione cotesto dritto di continuare l'azione apparterrebbe agli eredi della moglie; per cui crediamo erronea la dottrina contraria di una decisione di Douai che per altro non è punto giustificata (1).

III. — I creditori del marito non possono mai domandare la separazione di beni; anzi al pari di lui hanno interesse d'impedirla o di impugnarla se ammessa.

Quindi eglino, secondo l'art. 1447 (1411), possono intervenire nell'istanza per provare che la domanda sia infondata; e di sopra abbiam veduto con quali mezzi si faccia pubblica la domanda (articolo 866, 869 (944, 947) del Codice di procedura).

Conformemente al nostro art. essi possono anche attaccare la sentenza di separazione: con le vie ordinarie dell'opposizione e dell' appello, esercitando i dritti del marito giusta l'art. 1166 (1119), dove si provi esservi stata frode; con l'opposizione di terzo secondo l' art. 1167 (1120) Il quale ultimo mezzo, a differenza degli altri, possono anche esercitare dopo l'esecuzione; ma adempiute tutte le formalità deve, giusta l'art. 873 (951) del Codice di procedura, esercitarsi nell'anno durante il quale deve restare affisso l'estratto della sentenza. Non adempiute le formalità essi potrebbero agire con la opposizione di terzo giusta lo stesso art. 873 (951) per il corso di trent'anni (art. 1167 (1120), numero V e VII).

L'annullamento della sentenza di separazione domandato per cagion di frode dai creditori del marito, sarà efficace solo per loro di modo che la condizione è inversa di quella dei creditori della moglie, ove il marito sia fallito o si dichiari decotto. In quest'ultimo caso i coniugi si reputano separati di beni per rispetto ai creditori della moglie, e in comunione per rispetto ad essi e agli altri tutti; nel primo caso in vece si reputano in comunione per rispetto ai creditori del marito, e separati fra loro e per tutti gli altri.

2. Effetti della separazione giudiziale.

1448 (1412).—La moglie che ha ottenuto la separazione dei beni deve contribuire in proporzione delle sue facoltà e di quelle del marito, alle spese domestiche ed a quelle di educazione della prole comune.

Queste spese sono intieramente a di lei carico, se niente rimane al marito.

1449 (1413).—La moglie separata, tanto di beni e di persona, quanto di beni solamente, ne riassume la libera amministrazione.

Essa può disporre dei suoi beni mobili, ed alienarli.

Non può alienare i suoi immobili senza l'assenso del marito; e se ricusi di prestarlo, senza l'autorizzazione giudiziale.

SOMMARIO

I. Quando produce i suoi effetti la sentenza di separazione di beni, sia per rispetto al marito, sia per rispetto ai terzi. Conseguenze. Errore di Pigeau e di due de-

(1) *Conf.:* Zachariae (III, pagina 470); Rodière e Paolo Pont (II 812); Troplong (II-1394); decisione del 18 marzo 1746, riportata da Lacombe, alla parola *Separazione di beni.* — *Contra*: Douai, 23 marzo 1831 (Sir., 31, 2, 244).

cisioni.

II. La separazione giudiziale produce gli stessi effetti che la convenzionale, tranne la contribuzione dei coniugi alle spese di economia domestica, fra le quali non si comprendono quelle che abbisognano pei figli di un precedente matrimonio. Il marito deve in principio anticipar la parte della moglie.

III. La moglie sola ha il dritto di amministrare; e quindi può alienare i suoi mobili. Da ciò sorge che essa potrà alienar solo pei bisogni della sua amministrazione, contraendo delle obbligazioni, che non si potranno mai eseguire sopra gl' immobili: errore di molti scrittori.

IV. Essa non potrà alienar per donazione (errore di Delvincourt); ed avrà il medesimo dritto, tanto se si separa per contratto, quanto se ha beni parafernali. Si risponde a Rodière e Paolo Pont.

I. — La separazione giudiziale di beni, o si pronunzi principalmente o come conseguenza della separazione di persona, partorisce sempre i medesimi effetti; ma nell'ultimo caso questi incominciano dal giorno della sentenza (Ved. art. 311 (T), n. IV), e nel primo fin dal giorno della domanda. La quale essendo formata, per rispetto al marito, dalla citazione intimatagli dalla moglie (e non dalla supplica con cui chiede ella prima al presidente di poter fare la domanda), esiste legalmente per rispetto ai terzi dal giorno in cui si sono adempiute tutte le formalità richieste dalla legge, poichè in questo modo soltanto la domanda si reputa legalmente a conoscenza di tutti.

Poichè per rispetto al marito la moglie è separata di beni dal giorno della citazione, ove il magistrato ne accolga la domanda, dunque la comunione, ove la moglie l'accetti, dovrà dividersi fra lei e il marito nello stato in cui era prima della citazione.

I beni pervenuti alla moglie durante la istanza, e che sarebbero entrati nella comunione se si fosse continuata, saranno proprî della moglie, non meno che gli altri che le perverrebbero dopo la sentenza.

Similmente, poichè la separazione retroagisce per rispetto ai terzi al giorno in cui si sono compiute le formalità, tutti gli atti che fa il marito coi terzi, e pei quali è necessario che esista la comunione, saranno nulli se fatti dopo le formalità, non meno che se dopo la sentenza. Uno scrittore e due decisioni hanno affermato (1), che la separazione giudiziale ha effetto contro i terzi di buona fede dal giorno della sentenza; ma cotal dottrina non può sostenersi in faccia agli art. 1445 (1409 M) del Codice Napoleone e 866, 869 (T, 947) del Codice di procedura, i quali vogliono rigorosamente che la domanda sia fatta pubblica, avuto riguardo agli effetti che la separazione debba produrre dal giorno in che ella si fa; ed è per ciò che prima da Toullier, e poi di un sol sentimento è stata quella dottrina rigettata dagli scrittori e dalle decisioni (2).

Del resto non sono nulli tutti gli atti che fa il marito coi terzi durante l'istanza, ma quelli soltanto che sono oltre le facoltà di uno amministratore ordinario; infatti i beni devono essere amministrati durante l'istanza, e siccome il marito conserva il dritto di amministratore, così egli continua fino a causa finita, senza che si possan poi impugnare gli atti fatti per una necessità. (Vedi Toullier XIII-103; Rodière e Paolo Pont II-867).

II. — La separazione giudiziale di beni produce i medesimi effetti di quella convenzionale, con la sola differenza che esce dal paragone del nostro art. 1448 (1412) con l'art. 1537 (T). Secondo quest'ultimo la moglie che adotta nel contratto la separazione di beni, deve contribuire alle spese domestiche fino alla concorrenza del

(1) Pigeau (II, p. 541 3ª ediz.); Poitiers, 5 maggio 1823; Riom (non Rouen, come dicono Zachariae e Duvergier), 31 genn. 1826.

(2) Toullier (XIII-101 a 104); Battur (n. 650); Dalloz (X, p. 245); Zachariae (III, p. 478); Rodière e Paolo Pont (II-868); Riom, 20 febb. 1826; Bordeaux, 11 maggio 1843; Cass., 22 apr. 1845 (Dev., 43, 541; 46, 1, 556);—a torto Zachariae e Duvergier citano pure Duranton (XIV, 414), il quale non tratta la quistione dei terzi.

terzo delle sue rendite, tranne che siesi altrimenti stipulato; e siccome qui si sospetta che per lo più il marito abbia pochi mezzi, e le rendite dei beni che la moglie riprende doveano per le convenzioni del matrimonio provvedere a tutti i bisogni domestici, si è stanziata una regola ben diversa, cioè, dover la moglie contribuire in proporzione delle sue facoltà paragonate a quelle del marito. Adunque se i coniugi hanno un patrimonio dell'ugual valore, ciascuno pagherà una metà di spese; se quello del marito è minore ne pagherà meno, se nullo pagherà tutto la moglie, benchè scemino le sue rendite di due terzi, tre quarti o anche di più.

Le quali spese domestiche, a cui deve contribuire la moglie, comprendono quelle per il mantenimento e l'educazione dei figli comuni, non già dei figli avuti da un precedente matrimonio che sono estranei alla moglie. Certo cotesti figli possono alle volte gravare indirettamente sulla porzione della moglie, dacchè per essi si scemerà la porzione che deve contribuire il marito, e si accrescerà quella della moglie; ma le spese per cotesti figli non debbono essere per nulla pagate dalla moglie, come non pur quelle di lei dal marito (1).

Stabilita che è la somma da contribuirsi dalla moglie, può il marito pretendere che si paghi a lui, ovvero la moglie può farne direttamente l'impiego? Sì certamente, in tesi generale, poichè l'autorità maritale risiede sempre in lui (2). Ma dipendendo dalle circostanze ogni speciale quistione, quando la separazione suppone sempre una cattiva amministrazione del marito, deve il magistrato provvedere per ogni caso ciò che stimerà meglio negli interessi dei coniugi e dei figli, autorizzando anche la moglie a pagare direttamente i somministratori (3).

III. — La moglie, per effetto della separazione giudiziaria, *riprende* la libera ed intiera amministrazione dei suoi beni, per come l'aveva prima di maritarsi (se era maggiore), all'istesso modo in cui la *conserva*, adottando nel contratto la separazione di beni (art. **1449**, **1536** (1413, T)).

L'amministrazione, dicono i testi, è *libera ed intera*, cioè le facoltà son così estese per quanto ristrette quelle del minore emancipato, a cui la legge consente solo gli atti « *che son di pura amministrazione* » art. **481** (**404**); dal qual diritto esteso deriva quello di alienare i mobili, per modo che il secondo paragrafo dell'art. **1449** (**1413**) è lo sviluppo del primo. Quindi tre idee: 1° Che la moglie solo pei bisogni e dentro l'amministrazione delle sue sostanze, può spogliarsi dei suoi mobili, o direttamente con atti di alienazione, o indirettamente contraendo delle obbligazioni; 2° Che ella non può mai disporre dei mobili per donazione, ma solo con atti a titolo oneroso; 3° infine che la moglie ha il dritto di alienare tanto se separata per sentenza e se con convenzione, e se maritata sotto la regola dotale, ed abbia beni parafernali.

Ognuna di queste idee essendo stata oggetto di controversia, dobbiamo in breve esaminarle tutte e tre.

Si era dapprima affermato che il dritto di alienare i mobili distinguevasi da quello di amministrare; e secondo il principio che si può far sempre indirettamente ciò che direttamente è permesso, se ne inferiva che ogni obbligazione contratta dalla moglie era sempre valida fino alla concorrenza dei suoi beni mobili, e potevasi eseguire su questi beni; il qual sistema era stato ammesso da parecchie decisioni della Corte suprema (4). Ma finalmente si è compreso che

(1) Si sono citati in riguardo a tal quistione una decisione della Corte suprema dei 13 agosto 1818 ed altra di Bordeaux dei 22 genn. 1834 (Dev., 34, 2, 540); ma nè l'una nè l'altra non vi hanno alcuna relazione.

(2) Bourjon (I, p. 511); Pothier (*Comun.*, numeri 464, 465); Merlin (*Rep.*, alla parola *Separazione di beni*, sez. 2, § 5, n. 8); Bellot (II, pagina 150); Rodière e Paolo Pont (II-875); Troplong (II-1435); Rig., 28 luglio 1808; Rouen, 8 giugno 1824.

(3) Chardon (*Potestà maritale*, n. 337); Odier (I-401); Rodière e Paolo Pont (II-875); Troplong (II-1435); Parigi, 5 agosto 1807; Rouen, 23 genn. 1834; Rig., 6 maggio 1835 (Dev., 35, 1, 415).

(4) Rig., 16 marzo 1813; Cass., 18 maggio 1819.

ponendosi dall'art. 217 (206) come principio generale, è da applicarsi ad ogni donna maritata, il divieto d'alienare senza autorizzazione, la facoltà che le si dà di alienare i suoi mobili è quindi una eccezione, e come tale non si può estendere oltre ai bisogni dell'amministrazione che è a carico della moglie separata di beni. Tal decisione si giustifica del pari e più direttamente in altro modo: in fatti lo articolo 217 (206) contiene ancora (vedi il n. 1 della sua spiegazione) il principio che la donna maritata in generale è incapace *di contrarre una obbligazione;* or siccome l'eccezione al principio è qui virtuale, perchè chi vuole il fine vuole i mezzi, e qual conseguenza del dritto di amministrare essa deve unicamente aver luogo pei bisogni dell'amministrazione. Questa è la dottrina del più degli scrittori e della giurisprudenza della Corte suprema da 20 anni (1).

Quindi la moglie unicamente pei bisogni della sua amministrazione, potrà non autorizzata alienare direttamente i suoi mobili o contrarre delle obbligazioni fino alla concorrenza del valore dei mobili. Ma se la obbligazione stata contratta pei bisogni dell'amministrazione, ha ella per garanzia i soli mobili della moglie, ovvero anche la proprietà dei suoi immobili? Duranton e Valette *(loc. cit.)*, Rodière e Paolo Pont (II-883) professano quest'ultima idea, per questa ragione che porge il primo, e sembra adottata dagli altri, che secondo l'articolo 2092 (1962) ogni obbligazione validamente contratta, ha per garanzia tutti i beni del debitore; ma tale argomento è una petizione di principio, come ben disse Zachariae (p. 488, n. 33), perchè esso suppone una obbligazione pienamente valida, e quindi un contraente capace di obbligarsi; or la quistione è se la moglie capace a contrarre una obbligazione da eseguirsi su i suoi *mobili* sia o pur no *capace di obbligare i suoi immobili?* Non dubitiamo di rispondere del no. Abbiamo veduto (articolo 217 (206), n. 1) che chi è incapace di alienare alcuni beni è incapace di obbligarli, e di contrarre obbligazioni da eseguirsi sopra di essi; or secondo il nostro paragrafo 3 la moglie separata di beni è dichiarata incapace di alienare i suoi mobili senza autorizzazione, sì per l'amministrazione di essi che per qualunque altro oggetto. Non può su ciò sorgere nemmeno il dubbio, se si raffrontino le diverse parti dell'articolo. Difatti la legge unicamente pei bisogni dell'amministrazione dà capacità alla moglie di alienare i suoi mobili (e quindi di obbligarli); ciò posto se nel medesimo articolo e immediatamente le nega la capacità di alienare (e quindi di obbligare i beni immobili) ciò è per gli atti di amministrazione che per qualunque altro oggetto.

Le obbligazioni della moglie potranno dunque eseguirsi su i suoi mobili e sulle rendite dei suoi immobili. E quando i bisogni dell'amministrazione son per avventura sì gravi che debbonsi alienare, ed obbligare una parte d'immobili, la moglie è tenuta per tali casi, necessariamente rari, a farsi autorizzare dal marito o dal giudice.

IV.—La nostra seconda proposizione è meno difficile. Vero che Delvincourt la contraddice, perchè crede che il nostro articolo colle due parole *disporre* dei suoi mobili ed *alienarli* intenda colla prima le donazioni, colla seconda le alienazioni a titolo oneroso; ma il fine della regola ben dimostra che le due parole ripetono la medesima idea; poichè solo per il bisogno dell'amministrazione si può alienare, nè certamente per amministrare è d'uopo far delle donazioni. Alle volte può esser necessario di rimettere i lucri, e ciò può farsi dalla moglie non essendo una donazione, ma un atto che spesso il proprietario può fare nel suo interesse; la nostra eccezione però non riguarda le vere donazioni, sicchè per esse la moglie rimarrà sotto il di-

(1) Rig., 12 feb. 1829; Rig., 18 marzo 1829; Cass., 5 maggio 1829; Rig., 7 dic. 1829; Cass., 7 dic. 1830; Cass., 3 gen. 1831; Rig., 21 agosto 1839 (Dev., 31, 1, 22, 39, 1, 663); Duranton (II-492), Battur (II-514 e 652), Zachariae (III, p. 482 e 483), Valette (sopra Proudhon, 1, p. 463), Rodière e Paolo Pont (II-882), Troplong (II-1405, 1407).

vieto degli art. 217, 905 (206, 821 M) (1).

La terza ed ultima proposizione sembra sulle prime la più dilicata; e Rodière e Paolo Pont (II-nn. 708-710 e 788) energicamente sostengono l'idea contraria. Secondo loro la moglie può alienare i mobili, se separata per sentenza, e non se abbia beni parafernali o se separata per contratto. Senza fallo, dicono essi, la moglie che ha beni parafernali, e separata per contratto, potranno anche alienare e i frutti dei loro immobili (avendone il libero godimento) ed anche tutti gli altri mobili che potrebbero deperire o conservarsi con gravi spese, perchè è questa una conseguenza necessaria del dritto di amministrare (articolo 796 (713)); ma non avranno esse, pari alla moglie separata per giudizio, il dritto di alienare ogni specie di beni mobili, poichè gli art. 1536 e 1576 (T e 1389) non riproducono la regola del nostro art. 1449 (1413), ed in fatti la posizione non è la stessa; supponendo la separazione giudiziaria inattitudine nel marito, non supposta negli altri due casi.

Non potremmo accostarci a tal dottrina; ma stimiamo che la separazione convenzionale, e l'aver beni parafernali producano i medesimi effetti della separazione giudiziaria, e che le regole dei due primi casi debbano avere il lor compimento colle disposizioni del nostro, come la regola dell'ultimo deve avere il suo colle disposizioni degli altri due. Rodière e Paolo Pont ammettono che ogni moglie separata di beni eserciti un dritto di amministrare libero e intero, più esteso di quello di molti altri amministratori, con tale arbitrio che ella potrebbe per l'amministrazione dei suoi beni obbligarsi tanto su i pesi mobili che sugl'immobili.

L'esagerazione di coteste ultime idee è stata da noi più sopra confutata; ma se la moglie separata di beni può per la sua amministrazione obbligarsi su tutti i suoi mobili, ed alienarli quindi indirettamente; e se come anche ammettono i due riferiti scrittori (numero 882 par. ult.) la indiretta alienazione si consente men facilmente, perchè più pericolosa, egli è dunque chiaro che la moglie separata di beni, e non solo se lo è per sentenza, possa anche alienare direttamente conforme al nostro articolo. Infatti vien negato dall'art. 1538 (T) alla moglie separata per convenzione di potere alienare senza autorizzazione i suoi immobili. Diciamo pertanto che tranne la differenza da noi notata, quanto al contribuire alle domestiche spese, la moglie separata per contratto o che abbia beni parafernali è nella stessa condizione che se separata giudizialmente; il che vien anche insegnato da tutti gli scrittori (2).

1450 (1414). — Il marito non è tenuto per la mancanza d'impiego o di rinvestimento del prezzo dell'immobile che la moglie separata ha alienato con giudiziale autorizzazione, se non quando sia egli concorso nel contratto, ovvero risulti che il danaro sia stato ricevuto da lui, o convertito in suo vantaggio.

È tenuto per la mancanza d'impiego o di rinvestimento, quando la vendita sia stata fatta in sua presenza e col suo consenso; ma non è tenuto a garantire l'utilità dell'impiego.

SOMMARIO

I. Se il marito si è appropriato il prezzo di un immobile della moglie, o se n'è servito in suo vantaggio, deve renderne conto. Se interviene al pagamento; si presume, fino

(1) Duranton (XIV-423); Zachariae (III, p. 484, n. 56); Rodière e Paolo Pont (II-881).

(2) Bellot (IV, p. 300); Delvincourt (III, art. 1536 (T)); Rolland de Villargues (alla parola *Separazione di beni*, § 1, num. 9); Duranton (XV, 313); Delaporte (art. 15-36); Toullier (XIII-106); Dalloz (X, 371); Zachariae (III, § 532, p. 563); Taulier (V, p. 334); Valette (sopra Proudhon (I, p. 463); Parigi, 12 marzo 1811.

alla pruova in contrario, che se lo abbia appropriato.

II. Se il prezzo è stato impiegato dalla moglie, il marito sarà al coverto per cattivo che sia l'impiego: inesattezza di Rodière e Paolò Pont.

III. L'articolo si applica tanto se la moglie si sia separata per contratto quanto se abbia beni parafernali: controversia.

I. — Il marito che sotto la regola della comunione deve amministrare i beni della moglie, ricevere ed impiegare i suoi capitali, non ha più tale obbligo essendo separato di beni; e conseguentemente non è più tenuto in principio se non impieghi il danaro che può alla moglie provenire dalla vendita dei suoi immobili; a lei che liberamente dispone dei suoi beni mobili, tocca impiegare i capitali quando e come le piace. Ma vi ha delle eccezioni; il marito, benchè separato di beni, esercita sempre una grande autorità sulla moglie, e quindi è dichiarato responsabile se non si impiega il prezzo degl'immobili: 1° nei due casi in cui si presume che egli abbia ricevuto il prezzo (par. 1, *in princ.* par. 2 *in princ.*); 2° con più ragione quando è provato ch' egli abbia ricevuto il prezzo, e che siesi impiegato in suo vantaggio (par. 1 *in fine*).

Il nostro articolo stabilisce la presunzione di avere il marito ricevuto il prezzo: 1° quando il marito, negata prima l'autorizzazione alla moglie che ha dovuto quindi ricorrere al giudice, è poi intervenuto nel contratto di vendita; 2° quando il marito ha autorizzato la moglie a vendere, ed è intervenuto nell'atto. I quali due casi si riducono ad un solo, poichè *intervenendo il marito nel contratto*, si presume che questo si faccia colla sua autorizzazione o colla giudiziale. Rodière e Paolo Pont (II-994) e Troplong (II-1447) insegnano che il marito sia responsabile per essersi fatta la vendita senza il suo consenso, e benchè non presente nell'atto; ma la loro dottrina che è sì chiaramente contraria al testo, lo è pure allo spirito della legge, non potendosi presumere di pieno dritto che abbia ricevuto il prezzo di una vendita colui che non era presente, e forse molto lontano, quando si firmava l'atto e si pagava il prezzo. Del resto noi supponiamo, al pari del nostro testo, che il prezzo si fu pagato quando facevasi l'alienazione; se fosse pagato dopo, dovrebbe applicarsi, a sentimento nostro, alla quietanza ciò che dice dell'atto di vendita; perchè si presuma che il marito abbia ricevuto il prezzo, è necessario che abbia esercitato la sua autorità quando si pagava il prezzo.

Quando non ha più luogo la presunzione legale, il marito può esser dichiarato responsabile del non essersi impiegato il prezzo, ove dalla moglie si provi che egli se l'abbia preso o allorchè si pagava, o dopo, o per lo meno che si sia impiegato in vantaggio di lui.

Il marito da canto suo potrebbe provare che la presunzione sia mal fondata per rispetto a lui, e che la moglie abbia ricevuto il prezzo e dispostone, non ostante egli sia concorso nell'atto.

II. — Del resto siccome il marito separato di beni, checchè ne dicano Rodière e Paolo Pont (nn. 893 e 897), non ha nè l'obbligo nè il dritto di amministrare i beni della moglie; siccome questa può amministrare come vuole e disporre a suo talento dei capitali; e siccome il marito è dichiarato responsabile nei casi sopra riferiti, non già per l'imprudenza o per manco di sorveglianza e di cautela, ma perchè ha usato del suo ascendente per appropriarsi il prezzo della vendita, gli è certo che quando la moglie lo avrà impiegato, il marito non potrà essere più risponsabile per non buono che possa essere l'impiego (purchè non sia fatto in vantaggio di lui). Ciò in fatti è dichiarato dall'ultima frase del nostro articolo, secondo cui il marito non dee mai garantire l'utilità dell'impiego. Adunque non è necessario, come dicono i due scrittori (num. 898), che col prezzo *siasi acquistato un altro immobile*, perchè ciò costituisce il *reimpiego* (che è una delle specie dell'*impiego*); ma il marito

deve garantire l'utilità non solo del *reimpiego*, ma di qualunque *impiego*. Quindi o la moglie abbia impiegato il prezzo a procurarsi un altro immobile ovvero altrimenti, l'impiego per cattivo che fosse, mette in salvo il marito. E doveva esser così, poichè se il prezzo si è impiegato dalla moglie, il marito non se lo ha preso.

In breve il marito deve alle volte esser tenuto, se l'impiego non si faccia, ma non mai se esso riesca non utile. Ignorandosi chi abbia ricevuto il prezzo dello immobile, quando il marito era presente al pagamento, si presume che egli se lo ha tolto e ne deve rispondere; ma quando è certo che la moglie ne ha usato in qualsivoglia modo, il marito non può essere più responsabile.

III.—Diciamo da ultimo doversi il nostro articolo applicar pure alla separazione per convenzione e alla moglie che abbia beni parafernali. Ciò è stato contraddetto(1); ma a noi sembra esatto,

La moglie che ha beni parafernali o è separata per contratto, è soggetta all'ascendente del marito, come quella separata giudizialmente; anzi dippiù, poichè non è diffidente di lui, come può esser quella che ha dovuto domandare la separazione giudiziale. Dobbiam dunque ritenere che le regole relative alla separazione per contratto e alla moglie che abbia beni parafernali, dovessero aver compimento con quelle della nostra materia, siccome queste colle altre.

Ciò intendeva il legislatore, ciò è stato generalmente riconosciuto (2).

1451 (1415).—La comunione sciolta per la separazione delle persone e de'beni, o de' beni solamente, può ristabilirsi di consenso di ambedue le parti.

Ciò non può farsi se non per atto stipulato da notaio, e con minuta, una copia della quale debbe essere affissa in conformità dell'art. 1445 (1409).

In questo caso la comunione ristabilita riacquista i suoi effetti dal giorno del matrimonio: le cose sono restituite nel medesimo stato, come se non vi fosse stata separazione; senza pregiudizio però della esecuzione degli atti che nel tempo intermedio si fossero potuto fare dalla moglie, a tenore dell'art. 1449 (1413).

È nulla qualunque convenzione per cui i coniugi ristabilissero la loro comunione, sotto condizioni diverse da quelle che la regolavano anteriormente.

SOMMARIO

I. La separazione giudiziale di beni cessa per il consenso dei coniugi comprovato da un atto stesso e pubblicato nelle forme volute. In esso atto però non si richiedono le formalità dell'art. 872 (950) del Cod. di procedura: controversia.

II. La separazione allora vien meno retroattivamente, e la comunione si reputerà come se fosse sempre durata, salvo gli atti validamente fatti dalla moglie, che rimarranno validi. Schiarimenti.

III. Non si può dai coniugi derogare per nulla alla comunione primitiva. Qualunque clausola che vi deroghi, sarà nulla, ma non annullerà l'atto che ristabilisce la comunione. Confutazione dei due sistemi in cui si scissero tutti gli scrittori.

I.—La separazione per sentenza e quella per contratto, che differiscono solo in un punto nei loro effetti, cioè nella contribuzione alle spese della casa, differiscono anche nel modo onde possono cessare; la convenzionale è irrevocabile, e finisce col ma-

(1) Favard (*Rép.*, *Regola dotale*, § 4, n. 1); Sèriziat (*Regola dotale*, n. 347); Tolosa, 27 marzo 1810 (Dev., 40, 2, 304).

(2) Bellot (IV, p. 302); Dalloz (X, p. 372); Zachariae (III, p. 620); Rodière e Paolo Pont (II-715); Troplong (II-1459 e 1460); Benech (*Impiego e Reimpiego*, p. 303 e seg., in cui completamente trattasi la quistione); Besanzone, 27 febb. 1811; Limoges, 22 giug. 1828.

trimonio, l'altra, che deroga al contratto, può cessare più facilmente, essendo permesso ai coniugi di ritornare alla comunione.

I coniugi non possono mai far cessare la separazione di beni giudiziale, se non se col consenso speciale e manifestato nelle forme che saranno indicate, in ciò derogandosi all'antico dritto secondo cui la separazione di beni, conseguenza di quella di persona, cessava di pieno dritto ristabilendosi frai coniugi la vita comune (1). Considerandosi dal legislatore che i coniugi spesso incontrerebbero un impedimento al riavvicinarsi, non potendo ristabilire la comunione di vita, senza che perciò si ristabilisce quella di beni, ha voluto ragionevolmente lasciar loro piena libertà onde si rendesse più frequente e facile il riavvicinamento, e quindi o vi sia separazione di persona e di beni insieme, o solo di beni, la comunione è sempre ristabilita con un espresso consenso (2).

Il consenso deve darsi in atto steso innanzi notaro con minuta, perchè con un atto privato o in semplice brevetto i coniugi potrebbero mettere innanzi o toglier di mezzo a piacere la prova del loro stato, porgendosi innanzi ai terzi ora come in comunione, ora come separati. Oltre a ciò è bisogno che una copia dell'atto sia affissa nella sala del tribunale civile, e se il marito è commerciante, anche in quella di commercio, conforme all'artic. 1445 (1409). Ma non sono indispensabili del pari le formalità più rigorose richieste dall'art. 872 (950) del Codice di procedura, secondo vuolsi da Toullier (XII-188) Duranton (XIV-430) e Zachariae (III, p. 485); il Codice di procedura che aggiunge altre formalità a quelle del Codice Napoleone, parla solo della pubblicazione della sentenza di separazione, ma non già dell'atto con cui si ristabilisce la comunione, non potremmo aggiungere alla legge cause di nullità. Con ragione adunque è stata cassa dalla Corte suprema una decisione di Rouen che avea giudicato secondo la dottrina dei riferiti scrittori (3).

II.—Così ristabilita la comunione, i suoi effetti risalgono al giorno del matrimonio; in guisachè i coniugi, tranne la seguente eccezione, si reputeranno sempre in comunione di beni. I beni che essi han potuto comprare durante la separazione, la quale poi non ebbe effetto, e che saranno entrati nella comunione, apparterranno a questa del pari che le successioni o donazioni di mobili che loro son pervenute, salvo sempre gli atti validamente compiti dalla moglie. Così rimarranno nel loro pieno vigore le alienazioni di mobili e qualunque obbligazione che essa era capace di contrarre.

In breve, la comunione si reputa durata sempre; se non che si reputeranno validi gli atti validamente fatti dalla moglie, che durante la comunione avrebbe dovuto fare il marito.

Se dunque la moglie avesse impiegato una parte delle sue antiche sostanze mobili in una casa, che poi falliva, la perdita si risentirà dalla comunione, la quale dee riprendere quei mobili quali sono al presente, non potendo domandare dalla moglie l'equivalente sopra i suoi immobili; giacchè il cattivo impiego si reputerà come fatto durante la comunione, e dal marito capo di questa. Che se la moglie abbia impiegato parte dei suoi mobili per la compra d'un immobile, questo sarà un acquisto della comunione, come se il marito l'avesse comprato durante quella con un capitale impiegatovi dalla moglie (4). Che se infine la moglie durante la separazione abbia venduto uno dei suoi immo-

(1-2) Pothier (*Comun.*, n. 524); Grenoble, 4 giugno 1840.

(3) Cass., 17 giugno 1839 (Dev., 39, 1, 460); Rodière e Paolo Pont (II-914); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Troplong (II-1467).

(4) Non bisogna dunque dire che la moglie che ha impiegato in immobili tutti o una parte dei suoi mobili, conservi gl' immobili e sia tenuta a rimborsare il prezzo. Essendo sempre legalmente durata la comunione, e dovendole quindi spettare gl'immobili comprati (articolo 1401 (T) 3°), non vi può esser luogo a compenso. L' opinione contraria, benchè non esatta come teoria, è pure importante in fatto, poichè l'immobile acquistato può valere più o meno di quanto fu acquistato.

bili proprî, e ne possegga ancora il prezzo, lo riterrà per se come rappresentante lo immobile.

Sicchè tutto si compendia in queste due idee: da un lato la comunione, legalmente parlando, è sempre durata; dall'altro rimarrà valido tutto ciò che la moglie abbia fatto secondo le facoltà conferitele colla separazione dei beni.

III.—La legge, mentre permette che i coniugi ristabiliscano la loro comunione, vieta loro rigorosamente che modifichino il contratto di matrimonio. Ma che importa propriamente cotesta regola? Sarà valido o nullo l'atto con cui le parti dichiarassero di ritornare alla regola del loro contratto con quella o questa modificazione? Si annullerà forse l'atto, per modo che i coniugi resterebbero separati di beni non ostante quella dichiarazione; ovvero si annulleranno le clausole modificative, per modo che l'atto sarebbe efficace come se elle non esistessero?

La quistione controversa da quarant'anni fra gl'interpreti del Codice (1), sarebbe infatti dilicatissima, e si potrebbero mettere innanzi ragioni presso a poco eguali negli opposti sensi, se il passo di Pothier da cui fu cavato il nostro articolo, non fosse positivo.

Pothier, riproducendo la dottrina di Le-Brun, dice sul proposito: « LE CONVENZIONI stanziate coll'*atto con cui si stabilisce la comunione* (con le quali si modificherebbe la comunione primitiva) SONO NULLE.

« Le separazioni hanno effetto *in quanto durano*, son *distrutte* e riguardate come non avvenute PER IL SOLO FATTO, quando le parti hanno rimesso in comune i loro beni. Non vi possono essere due comunioni, l'una che duri fino alla sentenza di separazione, e l'altra che incominci quando si ristabilisce. Ve ne ha una sola che comincia col matrimonio e dura fino al suo scioglimento per la morte di una delle parti ;... *la sentenza di separazione* CHE NON HA DURATO FINO ALLA FINE DEL MATRIMONIO, *è stata inefficace nè ha disciolto la comunione* (n. 529) ».

Secondo la qual dottrina di Le Brun e di Pothier, da una mano non possono esservi due comunioni, cotalchè o la separazione dichiarata durerà fino alla fine del matrimonio, o cesserà retroattivamente, facendo risorgere la primitiva comunione che non sarà mai cessata; dall'altra la separazione si distrugge *per il solo fatto* del rimettersi i beni in comune (purchè, come dice Pothier nel n. 525, il fatto si provi con una scrittura accompagnata delle debite formalità); d'onde segue che la regola primitiva si ristabilisce per il solo fatto comprovato in un atto regolare, e che ove in esso atto si contengono convenzioni che modifichino la regola primitiva, non sarà *nullo* l'atto, ma bensì le convenzioni.

Il nostro articolo non riproduce forse sì l'una che l'altra di coteste due idee? Le *convenzioni* che derogano la comunione primitiva, considerate in plurale e come moltiplici, sono opposte da Pothier all'atto con cui quella si ristabilisce, potendo esser molte le cause che possono contenersi nell'atto; il Codice parla di ogni convenzione che modificasse il contratto, il che comprende egualmente la idea di pluralità, ed indica che la parola *convenzione* fu presa nel senso di *clausola*. Ravvicinando il nostro articolo col passo di Pothier, ben si dimostra che si volle consacrare la dottrina di costui. Non deesi discutere, come spesso si è fatto, quale dei due sistemi sia da preferire; e poichè non è nostro debito di indagare ciò che si sarebbe dovuto volere, ma ciò che si è voluto, non importerebbe che il sistema di Delvincourt fosse da preferirsi a quello dell'antico dritto (il che noi non crediamo).

Adunque stimiamo inesatta la dottrina di Delvincourt e di Battur; ma non ci accostiamo per questo all'altra di Duranton, Zachariae e degli altri.

(1) Nel primo senso: Delvincourt (III); Battur (II-660); Glandaz (n. 299); Troplong (II-1470).—Nel senso contrario: Duranton (XIV 431); Zachariae (III, pag. 485); Rodière e Paolo Pont (II-920 e 921); Duvergier (sopra Toullier, XIII-118).

Costoro adottano è vero con ragioni più o meno solide la soluzione che noi abbiamo giustificato; ma fanno una distinzione. Le clausole che modificano l'antica comunione, essi dicono, si reputano non scritte, rimanendo efficace l'atto con cui quella si ristabilisce, ove il *ristabilimento non si subordini a quelle*; ma nel caso contrario si annulla con esse l'atto medesimo e continua la separazione di beni. Or tal dottrina non può ammettersi.

Primieramente colle parole del nostro articolo *ogni convenzione* non si può intendere ora una ed ora altra cosa. O importano *ogni atto* (con cui si ristabilisce la comunione) e allora le modificazioni recate al contratto rendono nullo, e per sempre, l'atto; o importano soltanto *ogni clausola* (inserita nell'atto), e allora l'atto resterà valido, e per sempre, non ostante si annullino le clausole. Ciò basterebbe per dichiararsi impossibile qualunque distinzione. In secondo luogo, poichè come diceva Pothier, il *fatto stesso* del rimettersi i beni in comunione fa cessare la separazione e rimette i coniugi sotto l'antica comunione, ne segue che i coniugi rientrano sotto la regola del contratto a loro insaputa, e senza tutte quelle condizioni o dichiarazioni che possono inserire nell'atto di ristabilimento. Certo è necessario lo accordo dei due coniugi per rimettere in comune i beni con un atto che vuolsi pubblico dalla legge; ma dipoi il resto è conseguenza legalmente necessaria che compiesi *ipso facto*, senza che eglino vi consentano, od anche a loro malincuore. In breve, i coniugi possono conservare la loro separazione; ma se per poco la rinunziano, per ciò stesso, e qualunque sia l'oggetto per cui si dichiari averla rinunziato, vi si sostituisce di pieno dritto la primitiva comunione.

Tal sistema che sviluppa i principî di Pothier, non era forse consentaneo allo spirito della legge nel nostro titolo? La legge vuol che i coniugi tengano le convenzioni matrimoniali, permettendo loro per eccezione che se ne allontanino con una separazione giudiziale, quando necessità il richiede e corre rischio la moglie; or quando costei dice di non esservi pericolo, e consente di rinunziare alla separazione, si deve tornare alla regola del contratto, senza badare al capriccio dei coniugi che vogliono rinunziarvi per formare una comunione diversa dalla prima.

1452 (1416 M).— Lo scioglimento della comunione prodotto dal divorzio o dalla separazione di persona e di beni, o di beni solamente, non dà luogo ai diritti competenti alla moglie nel caso di sopravvivenza al marito; essa conserva la facoltà di valersene dopo la di lui morte tanto naturale, che civile.*

I. — Cotesto articolo è insieme inutile e per doppio motivo inesatto.

Inutile perchè è naturale che i lucri di *sopravvivenza*, cioè i vantaggi che il contratto di matrimonio attribuisce ad un coniuge *quando egli sopravviverà* all'altro, gli son dovuti per la premorienza del coniuge; non si potranno certamente esercitare vivendo l'uno e l'altro, ed ignorandosi chi di loro morrà prima.

Inesatto, perchè è troppo ristretto sotto un rapporto, e troppo largo sotto un altro. Difatti l'articolo parla della sola moglie, il che potrebbe far supporre che la regola non sia la medesima per il marito e per la moglie, mentre i lucri di sopravvivenza possono stipularsi per il marito o per quello dei coniugi che sarà superstite. L'articolo dice che la moglie conserva il dritto di esercitare più tardi i suoi lucri di sopravvivenza, benchè parli di scioglimento avvenuto non solo per la separazione di beni,

* Il nostro articolo 1416 è così concepito:
« Lo scioglimento della comunione prodotto dalla separazione delle persone e de' beni, o de' beni solamente, non fa sorgere i diritti competenti alla moglie nel caso di sopravvivenza; essa conserva la facoltà di esercitar tali diritti dopo la morte del marito ».

ma altresì per quella di persona o per il divorzio (quando questo esisteva); ma la separazione di persona (ed anche il divorzio) toglie ogni dritto ai lucri di sopravvivenza al coniuge, contro il quale è stata pronunziata la sentenza (artic. 299, 1518 (228 M, T)).

SEZIONE IV.

DELL'ACCETTAZIONE DELLA COMUNIONE E DELLA RINUNZIA CHE PUÒ FARSI COLLE CONDIZIONI CHE VI SI RIFERISCONO.

In questa sezione si tratta 1° delle regole generali intorno alle accettazioni o rinunzie di comunione (articolo 1453, 1455 e 1464 (1418, 1420 e 1426)); — 2° dello scioglimento della comunione per la morte naturale o civile del marito, articolo 1456, 1462 e 1465 (1421, TT); 3° dello scioglimento per la separazione di persona o di beni (art. 1463 (T));—4° infine dello scioglimento per la morte della moglie.

1. Regole generali.

1453 (1418). — Dopo lo scioglimento della comunione, la moglie, o i suoi eredi ed aventi-causa, hanno la facoltà di accettarla, o di rinunziarvi.

Qualunque convenzione in contrario è nulla.

I. — Abbiam spesso avuto il destro di notare che la moglie può accettare o rinunziare la comunione, e quindi secondo le talenta, può essere comproprietaria de' beni della società coniugale e coobbligata ai suoi debiti, o del tutto estranea agli uni ed agli altri.

Cotesta facoltà che si dà alla moglie in compenso del diritto esorbitante che ha il marito, è riguardata come uno degli elementi essenziali della regola di comunione, ed è per ciò una di quelle disposizioni di ordine pubblico cui non si può derogare. Pertanto sarebbe nulla e come non scritta qualunque convenzione o dichiarazione con cui la moglie, o nel suo contratto o durante la comunione, rinunzierebbe anticipatamente a quella facoltà.

Ma non potrebbe esser nulla la dichiarazione di accettare o di rinunziare che farebbe la moglie durante l'istanza di separazione di persona o di beni, avvegnachè si faccia allora per lo imminente scioglimento, e per essa si eserciti piuttosto anzichè si abbandoni il dritto della scelta; nè bisogna fraintendere il pensiero del legislatore, attenenduci giudaicamente alle parole *dopo* lo scioglimento, poichè intendesi parlare d' una scelta fatta al tempo dello scioglimento (1).

Del rimanente cotesto diritto conferito alla moglie, che può esercitarsi anche dai suoi aventi-causa (2), non potrebbe esserlo dal marito anche quale avente-causa di lei. — Un marito istituito legatario della moglie che premuore non lasciando eredi legittimari, non potrà (per non pagare il dritto di mutazione sulla metà dei beni comuni) rinunciare alla comunione come erede della moglie. — Il dritto della scelta passa ai rappresentanti della moglie; ma tal principio non si potrà applicare al ma-

(1) Orléans, 14 nov. 1817; Lione, 24 dic. 1829; Rig., 21 giugno 1831 (Dev., 30, 2, 99; 31, 1, 268). Ritorneremo su quest'ultima decisione spiegando l'art. 1463 (T).

(2) Nondimeno è stato giudicato esser personale alla moglie il diritto di rinunciare alla comunione, e non potersi esercitare in suo nome dai suoi creditori. Parigi, 31 marzo 1853 (Dev., 53, 2, 337). — *Sic* Odier (t. I, n. 430). — *Vedi* intanto in senso contrario Zachariae (t. III, § 312, nota 31); Paolo Pont e Rodière (t. I, num. 870); Troplong (t. III. n. 1501).

rito, poichè il dritto è stabilito contro di lui, nè può conciliarsi colla sua qualità (1).

1454 (1419). — La moglie che non ha preso ingerenza nei beni della comunione, non può rinunziarvi.

Gli atti semplicemente amministrativi o conservatori non inducono che abbia avuto ingerenza.

1455 (1420). — La moglie di età maggiore, che in un atto ha assunto la qualità dichiarativa della di lei comunione, non può più rinunziarvi, nè essere restituita in intero contro questa qualità, non ostante che essa l'abbia assunta prima di farsi lo inventario; se pure non vi è stato dolo per parte degli eredi del marito.

SOMMARIO

I. Dell'accettazione espressa e tacita.
II. La moglie può farsi restituire per minore età o per dolo, come pure per la sua rinunzia.

I. — In generale la moglie dopo scelto un partito non può più abbandonarlo: l'accettazione rende impossibile la rinunzia, e viceversa.

L'accettazione della comunione, come quella della eredità, può essere espressa o tacita, *verbis* o *facto* (2). — Sarà espressa, se la moglie mostra di essere in comunione, sia principalmente con un atto stesso a tale effetto, sia incidentemente in qualunque atto. Sarà tacita, se la moglie s'ingerisca nei beni della comunione, cioè faccia cosa per cui si tiene come comproprietaria di quei beni, non potendo averla fatta senza tal qualità. Sicchè non si potrà inferire l'accettazione da atti di semplice amministrazione, o che tendano solo a conservare i beni. Per l'incontro l'accettazione s'inferirà, come vedemmo sotto l'art. 780 (697): 1° dalla donazione che la moglie faccia dei suoi diritti ad estranei, ad uno o più eredi del marito, o a tutti; 2° dalla pretesa rinunzia che essa faccia in pro di alcuni di questi eredi; 3° dalla pretesa rinunzia che faccia anche in pro di tutti, ma mercè un prezzo. Il contrario avviso porto da Pothier (n. 545) su quest'ultimo caso, che adottava le sottigliezze del *gius civile* dei Romani, oggi non può più ammettersi, imperocchè il cedere un diritto mercè un prezzo, importa disporre: si osservi pure con Bugnet che la legge citata da Pothier, quantunque nieghi ad un tal fatto il carattere di accettazione, che ha secondo il dritto civile, aggiunge che lo avea nell'editto del pretore, *in edictum tamen praetoris incidere*; or il nostro Codice ha analogia col dritto del pretore e non colle sottigliezze dell'*ipsum jus* (3).

Se questo o quello degli altri vari fatti che possono offrirsi costituisca o no un atto di tacita accettazione, cioè se supponga necessariamente l'intenzione di agire come proprietaria dei beni comuni, ciò sarà in ciascuna specie valutato dal giudice del fatto.

II. Il principio che la moglie non possa esser restituita contro la sua accettazione, va eccettuato in due casi: 1° se essa sia minore al tempo dell'accettazione; 2° se questa sia stata la conseguenza di un dolo contro essa praticato, cioè se si sieno u-

(1) Rig., 9 marzo 1842 (Dev., 42, 1, 193).

(2) Questa regola reggerà, sia che la comunione si sciolga per la morte del marito, sia per la separazione di persona: in quest'ultimo caso pure la comunione può accettarsi tacitamente: — *V.* Paolo Pont, *Rivista critica* (t. I, p. 210), e *Contratto di matrimonio* (t. I, num. 810); Troplong (t. III, n. 1581). — *Vedi* pure Poitiers, 23 febbraro 1842; Cass., 8 febbr. 1843, 10 nov. 1845, 14 marzo 1855; Parigi, 31 luglio 1847 e 2 maggio 1850 (J. P., 1842, t. II, p. 42; 1843, t. I, p. 632; 1847, t. II, p. 253; 1848, t. I, 894; 1850, t. I, p. 534; 1856, t. I, p. 297).

(3) Bugnet (sopra Pothier, VII, p. 292); Paolo Pont e Rodière (I-812); Troplong (III-1517).

sati dei raggiri, onde farle credere la comunione molto migliore di quel che non fosse.

Ordinariamente il dolo può allegarsi contro chi l'ha praticato (art. 1116 (1070)); in guisachè la moglie contro cui quello si è usato dagli eredi, per farle accettare la comunione senza formar l'inventario onde garantirla del pagamento dei debiti *ultra vires* (art. 1438 (T)), potrà prendersela cogli eredi, non coi creditori che erano ignari degl'intrighi fraudolenti. — Secondo tal principio l'accettazione di cui trattasi sarà valida, obbligherà sempre la moglie in faccia ai creditori, potendo solo rivolgersi contro gli eredi che praticavano il dolo.

Ma qui non si può applicar un tal principio, dicendosi dalla legge che la moglie può fare annullare la sua accettazione e rinunziare alla comunione, ove il dolo sia intervenuto per parte degli eredi. Qui adunque il dolo è *in rem* e non semplicemente *in personam*. Ciò posto, produrrà gli stessi effetti se praticato dai creditori del marito; ed il legislatore ha parlato di quello praticato dagli eredi, come *de eo quod plerumque fit*. Il motivo di questo effetto particolare del dolo è stato da noi indicato, spiegando l'analoga disposizione dell'art. 783 (700).

Diciamo addippiù che la minore età della moglie, o il dolo usato contr'essa, sono cause di nullità della sua accettazione, senza badare se la sia espressa o tacita. Vero che il Codice ne parla a proposito della accettazione espressa; ma il suo silenzio per la tacita addimostra esser più evidente l'applicazione in tal caso. È ben chiaro in fatti, che se la moglie minore non può obbligarsi irrevocabilmente con un atto diretto e formale di accettazione, non lo potrà con più ragione con un'accettazione che sorge indirettamente. Da alcuni fatti, di cui forse, a causa dell'età sua, non sa comprender lo scopo. Medesimamente con la frode si può ottenere ben facilmente dalla moglie lo adempimento di uno di tai fatti, meglio che la soscrizione di un atto espresso di accettazione, e qui ancora *a fortiori* si deve ammettere la nullità dell'accettazione tacita.

Parimente, come è chiaro, cotali due circostanze, il dolo e la minore età, saran cause di nullità della rinunzia (1).

1464 (T). — I creditori della moglie possono impugnare la rinunzia fatta da lei o da' suoi eredi, in frode de' loro crediti, ed accettare la comunione in nome proprio.

I. — Questa regola riproduce il principio dell'art. 1167 (1120), e noi rimandiamo alla spiegazione di quest'articolo, non che dell'art. 788 (705). — Non ostante la contraria dottrina di molti scrittori (2), si scorge chiaramente che l'azione, applicata qui alle sole rinunzie, s'applica pure e con più ragione alle accettazioni, conforme insegnano Pothier (n. 559), Paolo Pont e Rodière (I, n. 816-3°), Bellot (t. II, p. 342), Bugnet sopra Pothier *(loc. cit.)*, e Duranton (n. 437).

2. Scioglimento della comunione per la morte del marito.

1456 (1421). — La moglie superstite che vuole conservare la facoltà di rinunziare alla comunione, dee entro tre mesi successivi alla morte del marito far procedere ad un fedele ed esatto inventario di tutti i beni della comunione, intesi o citati legittimamente gli eredi del marito.

Ella dee nel chiudersi l'inventario di-

(1) Perchè sia irrevocabile l'accettazione o la rinunzia della moglie, non ostante la di lei minore età, bisogna che si faccia coll'assistenza di un curatore, sull'avviso conforme del consiglio di famiglia (art. 484, 461 (407, 384)). — Se trattasi di un erede della moglie, questi potrà essere non solo minore, ma ancor pupillo; e l'atto dovrà farsi allora dal suo tutore.

(2) Toullier (XIII-293); Zachariae (III, p. 493); Odier (I-476); Troplong (III-1529).

chiarare che sia sincero e veridico, innanzi all' uffiziale pubblico che l' ha ricevuto.

1457 (1422 M). — Nei tre mesi e quaranta giorni dopo la morte del marito, ella deve fare la rinuncia nella cancelleria del tribunale di prima istanza, nel distretto del quale il marito aveva il domicilio; quest'atto deve inscriversi nel registro destinato a ricevere le ripudiazioni delle eredità. *

1458 (1423). — La vedova può, secondo le circostanze, domandare al tribunale civile una proroga del termine prescritto col precedente articolo per la sua rinunzia: tal proroga se ha luogo, si accorda, intesi o citati legittimamente gli eredi del marito.

1459 (1424). — La vedova che non ha fatto rinunzia nel termine sopra stabilito, non è privata della facoltà di rinunziare, quando non siasi ingerita ne' beni, ed abbia fatto procedere all'inventario: può soltanto esser convenuta come vivente in comunione fino a che vi abbia rinunziato; e dee pagare le spese fatte contra di lei sino alla sua rinunzia.

Può egualmente esser convenuta dopo la scadenza de' quaranta giorni successivi al compimento dell'inventario, qualora questo sia stato compiuto prima de' tre mesi.

SOMMARIO

I. Differenza tra la vedova e la moglie separata di persona o di beni. Analisi degli articoli.

II. Il non essersi fatto dentro il termine l' inventario trae seco la decadenza.

I. — Sciogliendosi la comunione per la morte del marito, la moglie trovasi immediatamente in possesso di tutti i beni comuni, e perchè facilmente potrebbe distornare una parte di cose o valori mobili, è trattata diversamente che se la comunione si sciogliesse per la separazione di persona o di beni. Fino a che ella non dichiari di rinunziarvi, secondo le forme e con le condizioni richieste, si presume che accetti, e tal si terrà definitivamente, ove non abbia adempiuto le condizioni nel termine stabilito; mentre nell'altro caso si presume che rinunzi fino a che non dichiari il contrario, e così si riterrà definitivamente ove nulla dichiari. La moglie superstite che non è deliberata di accettare la comunione, può se lo stima, rinunziarla immediatamente dopo la morte del marito; e allora non è tenuta all'inventario, e senza altro può far la sua rinunzia nella cancelleria del tribunale civile (1); ma se ella è incerta se debba restare in comunione ovvero rinunziarvi e vuol maturare il partito da prendere, può *conservare* il dritto di opposizione facendo stendere, presenti gli eredi del marito ovvero chiamati, un fedele ed esatto inventario (2) che ella deve affermare di esser sincero quando si chiude. Il quale inventario si deve fare per quanto si può entro i tre mesi dalla morte del marito; ma se non bastano, il termine può prorogarsi (art. 174 (268) del Codice di procedura). La moglie che non ha fatto l'inventario nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, perde la facoltà

* Il nostro art. 1422 è così concepito:
« Ne' tre mesi e quaranta giorni dopo la morte del marito, ella dee far la rinunzia nella cancelleria del tribunale civile della provincia o della valle, dove il marito avea il domicilio; se però si tratti d'interesse che non ecceda la somma di ducati trecento, potrà farla nella cancelleria del giudice del circondario. Questo atto debbe inscriversi nel registro destinato a ricevere le rinunzie della eredità ».

(1) Nondimeno la rinunzia alla comunione può risultare per rispetto agli eredi del marito da una convenzione stabilita fra essi e la moglie; nè in tal caso bisogna che sia fatta alla cancelleria del tribunale, Ric. 4 marzo 1856 (Dall., 56, 1, 131).

(2) Quanto alla sua *esattezza* vedi il comento dello art. 794 (711).

di scegliere e rimane in comunione. Se ha fatto inventario entro il termine (supposto che non s'ingerisca per nulla nell'amministrazione) conserva per trenta anni il dritto della rinunzia (1). Ma bisogna fare una distinzione ; la moglie non può esser costretta a dichiararsi nei quaranta giorni dati dalla legge, dopo spirati i tre mesi, o chiuso che è l'inventario se è finito innanzi dei tre mesi; termine che può prorogarsi occorrendo dal giudice. Spirato il termine la si può costringere a deliberarsi, e dichiarando di rinunziare come è sempre libera di fare , pagherà le spese dei procedimenti intentatisi contro di lei come rimasta in comunione.

II. —Nondimeno havvi contraddizione dicendosi che la moglie non possa più rinunziare, ove non facci l'inventario nel termine stabilito dalla legge o dal giudice; e le decisioni su ciò han giudicato variamente (2); ma il ravvicinamento con cui la contraria dottrina vuolsi giustificare implica in sè stesso la condanna. Infatti lo erede (art. 800 (717)) può far sempre lo inventario dopo spirati i termini, finchè non è stato citato e condannato come erede puro e semplice; ma l'erede non detiene i beni come la vedova, nè può così agevolmente come quella appropriarsi alla insaputa di tutti i ragguardevoli valori ; i due casi non sono punto analoghi, ed è molto per la moglie un termine di tre mesi che può prorogarsi secondo le circostanze. Non si doveva adunque riguardar la moglie come l'erede, nè si è fatto; mentre l'articolo 800 (717) dà facoltà allo erede, dopo spirati i termini, di accettare non solo col beneficio, ma altresì di far l'inventario, lo art. 1459 (1424) invece accorda solo alla moglie il dritto di rinunziare, dichiarando che la rinunzia potrà farsi dopo il termine, quando l'inventario si sia fatto prima. È questa la dottrina della Corte di cassazione.

Del resto ben si comprende che la mancanza d'inventario dentro il termine non potrebbe opporsi alla moglie che aveva prima accettato e che dipoi, per cagion di dolo, fa annullare la sua accettazione. Siccome la moglie che accetta non deve fare inventario, così il non averne fatto, od avere accettato, è conseguenza della frode, e quindi non deve rispondere se fa dichiarar nulla la sua accettazione (3).

1460 (1425). — La vedova che ha sottratto o nascosto qualche cosa appartenente alla comunione, è dichiarata soggetta alla comunione, non ostante la sua rinunzia : lo stesso ha luogo riguardo a' di lei eredi.

SOMMARIO

I. La distornazione o la sottrazione trae seco la perdita del dritto di rinuncia. Quid *della distornazione posteriore alla rinunzia? Controversia.*

II. L'articolo non s'applica alla moglie minore. Si dissente da molti scrittori.

I. —La vedova che occulta o distorna alcun oggetto della comunione, compie un fatto che è insieme un delitto ed un atto di tacita accettazione. Ella pertanto diviene in comunione (4), nè la rinunzia che potrebbe più tardi fare può togliere a lei una

(1) Non era così sotto la consuetudine di Brettagna. La rinunzia alla comunione doveva farsi, pena la decadenza o la prescrizione, entro tre mesi e quaranta giorni pei maggiori, e pei minori entro quaranta giorni dal dì della loro maggiore età; è stato deciso che tal prescrizione debba regolarsi anche oggi con le leggi antiche sotto il cui vigore si è sciolta la comunione. Cass. 18 luglio 1853. (Dev., 53, 1, 567). Intorno a quest'ultimo punto, *vedi* il commento dell'art. 2281 (2187) nel titolo della *Prescrizione*.

(2) *Conf.* Bruxelles, 18 maggio 1811; Parigi, 2 aprile 1816; Rig., 24 marzo 1828; Cassaz. (di una decisione di Colmar) 22 dic. 1829, Limoges 19 giugno1835 — *Contra:* Metz, 24 lug. 1812; Bordeaux, 21 feb. 1829; Parigi, 10 genn. 1835; Colmar, 24 febbraro 1838 (Dev., 35, 2, 433 e 475; 38, 2. 605).

(3) Rig., 5 dicembre 1828 (Dev., 38, 1. 945).

(4) Ma è necessario che la omissione sia avvenuta per frode ; e se la frode fosse stata fin da

tal qualità, poichè irrevocabile è l'accettazione, tranne le prevedute eccezioni. Il distorno della moglie che ha rinunziato non annulla l'intecedente rinunzia (essendo questa irrevocabile, pari all'accettazione); sarebbe ciò nè più nè meno un furto fatto agli eredi del marito oramai soli proprietari.

Pure questa soluzione data da noi sotto l'art. 792 (709) (il cui caso è sì analogo a quello del nostro articolo che le due regole debbono ugualmente spiegarsi) può far sorgere qualche dubbio. Potrebbe dirsi che se il dritto romano (*Dig.* I, 19, t. 2, 71, § 9) riguarda il distorno posteriore alla rinunzia come un furto, e per cui non veniva meno la rinunzia, nel nostro antico dritto invece alcune consuetudini, spezialmente quella d'Artois (art. 163), stabilivano una regola diversa, e facevano che il distorno rendesse come non avvenuta la renunzia anche precedente; il testo del nostro articolo par che esprima questa stessa idea, dicendo *di dichiarare la moglie in comunione non ostante la sua rinunzia*: ciò par che alluda ad una rinunzia già fatta; infatti lo articolo è stato spiegato in tal modo dal tribuno Duveyrier, innanzi il Corpo legislativo. Dice egli che la moglie sarà dichiarata in comunione *quand'anche avesse rinunziato* (Fenet XIII, p. 735). Tra i due sistemi assoluti può mettersene innanzi un terzo. Toullier (IV-350) e or dopo lui Troplong (III-1563 e 1564), ammettendo come principio, che il distorno posteriore alla rinunzia non distrugga lo effetto di questa, vogliono che tal principio vada eccettuato quando vi ha connessione tra la rinunzia ed il distorno, di cui l'una avrebbe per fine di facilitar meglio o dissimular l'altra.

Delle tre opinioni l'una deve rigettarsi, ed è quella mezzana di Toullier e di Troplong. Che tal dottrina sia stata altre volte quella di molti scrittori era ben naturale, allora che per la mancanza di testi legislativi il più delle regole erano negli scritti dei giureconsulti, e nelle decisioni dei tribunali; ma oggi giorno che nè la magistratura nè gli scrittori possono fare o modificare la legge, *un principio* scritto nel Codice non può avere altra *eccezione* di quella che vi si trova ugualmente scritta. Delle due cose l'una: o il nostro articolo intende parlare della rinunzia posteriore al distorno, e allora la combattuta dottrina si spingerebbe più oltre della legge col dare per alcuni casi lo stesso effetto alla rinunzia antecedente; o intende parlare di questa e dell'altra, e tal dottrina violerebbe la legge in senso inverso, col ricusare alle volte l'effetto voluto all'antecedente rinunzia. Il nostro articolo è assoluto, ed in conseguenza ci pone o sotto l'assoluto principio del dritto romano, o sotto il contrario, ma ugualmente assoluto, della Consuetudine d'Artois, secondo che parli o della sola rinunzia posteriore al distorno o di qualunque rinunzia. Ma a quale delle due idee si è appigliato il Codice? Alla prima certo, e la contraria opinione del tribuno Duveyrier è erronea.... È logico che una rinunzia, tosto che sia formalmente e regolarmente fatta e qualunque ne sia il fine legale o colpevole, renda il rinunziante estraneo ai beni e costituisca furto il distorno da questo commesso su qualcuno di quelli. Per questo motivo non essendo il contrario positivamente dichiarato, ben può dirsi che il Codice abbia abbracciato questa idea. Altra perentoria ragione si è, che tale idea era generalmente adottata nel nostro antico diritto, e la contraria una eccezione impercettibile tra le varie nostre consuetudini (1). In fine se il testo del nostro articolo è dubbio su ciò, egli è chiaramente

principio, la vedova non dovrebbe dichiararsi in comunione, se avesse di sua volontà restituito gli oggetti distornati. Agen 6 genn. 1851 (Dev., 51, 2, 680). — *Vedi infra*, sopra l'art. 1477 (T).

(1) Domat (parte 2ª, l. 1, t. 3, sez. 1, num. 12); Lebrun (lib. 3, cap. 8, sez. 2, n. 60); Delauriere (sopra Loisel, 1, 2, t. 1); Merlin (*Rep.*, alla parola *Occultazione*, n. 2); Favard (alla parola *Rinunzia*, n. 18); Delvincourt (t. II); Chabot (art. 792 (700), n. 3); Belost-Jolimont *(ibid.)*; Duranton (VI-482 e XIV-483); Malpel (n. 331); Bellot des Miniéres (II, p. 287); Zachariae (III, p. 492); Duvergier (sopra Toullier).

spiegato in tal senso dall'analogo testo dell'art. 792 (709), il quale dicendo, come il nostro vagamente, che gli eredi occultando o distornando, restano puri e semplici *malgrado la loro rinunzia*, cosa che potrebbe far credere ad una antecedente rinunzia, sviluppa la sua idea col dire che gli eredi sono allora *decaduti dalla facoltà di renunziare ;* ed in tal senso preciso l'articolo è stato presentato nell'esposizione dei motivi (Fenet XIII, p. 152-153). A ragione adunque tal dottrina è ammessa da tutti gli scrittori (1).

II. — Il nostro articolo, come si è già detto della disposizione analoga dell'articolo 792 (709), non s'applica alla moglie minore, ed a torto molti scrittori decidono altrimenti, perchè l'art. 1310 (1264) dichiara non potersi restituire il minore contro l'obbligazione nascente dal suo delitto. Cotesti scrittori confondono due cose perfettamente distinte: 1° l'obbligazione che deriva dal delitto, la quale consiste nè più nè meno in riparare il torto cagionato da quello ; 2° l'effetto ben diverso appartenente ad altro ordine d'idee , con cui il distorno, riguardato quale atto di tacita accettazione, importa la perdita del dritto di rinunziare alla comunione. Qui due quistioni: se la moglie sarà obbligata per il suo delitto , e questa è affermativamente risoluta dall'art. 1310 (1264); se il fatto trarrà la perdita del diritto di rinunziare, e questa deve risolversi negativamente, secondo il già detto sotto l'articolo 1455 (1420) (2).

1461 (1426). — Morendo la vedova prima della scadenza de' tre mesi, senza che abbia fatto o compito l'inventario , i suoi eredi avranno per farlo o per terminarlo, un nuovo termine di tre mesi da contarsi dal giorno della morte della vedova; e dopo il compimento di esso, quello di giorni quaranta per deliberare.

Se la vedova muore dopo compito l'inventario, i suoi eredi avranno un nuovo termine di quaranta giorni dopo la di lei morte per deliberare.

In oltre possono rinunziare alla comunione nelle forme sopra stabilite, essendo anche ad essi applicabili gli art. 1458, 1459 (1423, 1424).

I. — Allorquando la moglie superstite muore priachè definitivamente accetti o rinunzi, il dritto di scegliere che le appartiene tuttavia al momento della morte e fa parte del suo patrimonio, si trasmette ai suoi eredi; e la legge col nostro articolo accorda di nuovo a questi, sia per far lo inventario che per deliberare, tutti i termini accordati alla moglie, quantunque in parte sieno cominciati a correre. Se due mesi, dopo il marito, muore la moglie che non ha finito l'inventario, gli eredi avranno non uno ma tre mesi , e se quella dopo terminato l'inventario muore a capo di 30 giorni da quando fu finito, non dieci giorni ma quaranta potranno aver gli eredi per deliberare (3). Del resto le regole stabilite continuano ad applicarsi: gli eredi potranno far prorogare dal magistrato il termine di quaranta giorni accordato per deliberare (art. 1458 (1423)); potranno sempre dopo i termini e durante i trenta anni , salvo a pagare le spese dei procedimenti contro essi intentati, far la rinunzia (artic. 1459 (1424)); la quale dovrà, come quella della moglie, farsi alla cancelleria del tribunale (art. 1457 (1422 M)).

Per altro il nostro articolo, nel secondo paragrafo, parla pei soli casi ordinari, nè la sua regola potrebbe applicarsi a tutte le ipotesi. Se gli eredi della moglie, che lascia un inventario quasi finito (trovando

(1) *Vedi* la nota precedente.

(2) *Conf.* Bellot (II, p. 284) ; Zachariae (III-pagina 492); Rodière e Paolo Pont (I-816): *Contra :* Delvincourt (t. III); Battur (II 702); Troplong (III-1567).

(3) La legge non s'occupa, e nol dovea, dell'ipotesi in cui la moglie morisse senza fare l'inventario *dopo* i tre mesi, dappoichè in tal caso la vedova perderebbe il suo dritto di scegliere, essendo morta colla qualità irrevocabile rimasta in comunione.

in questo tutti gli schiarimenti necessarî intorno al patrimonio della loro parente, o credendo d' altronde saperne abbastanza) accettino subito la eredità, allora basterà il termine di quaranta giorni, ed il nostro secondo paragrafo, fatto per un tal caso, avrà la sua applicazione. Ma se questi stessi eredi (conoscendo o temendo che la moglie dopo lo scioglimento della comunione non abbia fatto cosa nè atti qualunque intorno ai quali l'inventario della comunione nulla accennerebbe) non voglion tosto accettare, essi possono sempre, per far l'inventario della eredità, avere i tre mesi, secondo l'art. 795 (712); e siccome il loro partito, quanto alla comunione, sarebbe una accettazione della eredità, i 40 giorni correrebbero dallo spirare dei tre mesi o dalla chiusura dell'inventario fatta pria di questo tempo.

1462 (T). — Le disposizioni degli articoli 1456 (1421) e seguenti sono applicabili alle mogli delle persone morte civilmente, dal momento in cui ebbe luogo la morte civile.

I. — Siccome la morte civile del marito, come la naturale, scioglie la sua comunione e fa aprire la sua eredità; e d'altra parte, siccome la morte civile può soltanto colpire gli individui che entrano nel bagno, o i deportati o i contumaci, in modo che la moglie del morto civile, avrà sempre pari alla vedova, il possesso dei beni comuni, i due casi, salvo la disposizione dell'articolo 1465 (T), sono del tutto pareggiati l'uno all'altro, e le regole stabilite dai sei precedenti articoli pel primo, si applicano ugualmente al secondo.

1465 (T). — La vedova, o che accetti o che rinunzi, ha diritto, durante i tre mesi e quaranta giorni che le son conceduti per far l'inventario e per deliberare, di prendere dalle provvisioni esistenti gli alimenti per se e pei suoi domestici, ed in mancanza di quelle, può supplirvi prendendo danaro ad imprestito a conto della massa comune, coll' obbligo però di usarne moderatamente. Essa non è tenuta ad alcuna pigione per aver abitato, durante questi termini, in una casa dipendente dalla comunione, o spettante agli eredi del marito; e se la casa che abitavano i coniugi nel tempo dello scioglimento della comunione, era da essi tenuta per titolo d'affitto, la moglie non sarà obbligata a contribuire, pendenti gli stessi termini, al pagamento della pigione, la quale sarà pagata dalla massa comune.

I. — La vedova, per la sua misera ed interessante posizione; è autorizzata a prendere sulla comunione, durante il tempo necessario per far l'inventario e deliberare, le spese per gli alimenti e l'abitazione di lei e dei suoi domestici.

Tal beneficio ha nè più nè meno la durata del tempo necessario per far l' inventario e deliberare; in modo che se la moglie a ciò fare impiegasse due mesi, e non quattro mesi e dieci giorni, o se sei mesi per una proroga del giudice, il suo dritto sarebbe pei due mesi nel primo caso e per li sei nel secondo. Allorquando la moglie ha per esempio rinunziato alla comunione, non vi ha più ragione di darle casa e mantenerla a spese della comunione di cui non fa oramai più parte; or se il beneficio cessa necessariamente allorquando la moglie ha presa una risoluzione, certo che deve continuare fino a tanto che ella non si è decisa, e che i termini ad essa dati non sieno spirati. Era questa l'idea di Pothier (numeri 570, 571) e i nostri compilatori non han voluto far altro che riprodurla. Ciò non è dubbio in faccia all'articolo 1495 (T), il quale occupandosi di nuovo di tal beneficio, per dire che esso non si trasmette agli eredi della moglie, non parla più dei *tre mesi e quaranta giorni*, ma solo *del*

termine dato per fare inventario e deliberare (1).

Dovendosi prendere queste spese sulla comunione, la moglie accettando dovrà pagarne la metà; le pagherà tutte intere la eredità del marito, quando ella avrà rinunziato. — Dal qual principio bisogna inferire che quando la casa abitata dalla moglie fosse non della comunione, ma degli eredi del marito, costoro potrebbero farsi pagare le pigioni dalla massa comune, acciocchè la moglie, ove accetti, ne paghi la metà.

L'articolo non parla, come non dovea, delle spese di mantenimento o d'educazione dei figli della vedova: o essi sono figli comuni, e allora sono appunto gli eredi del marito, o figli di un precedente matrimonio, e la disciolta comunione di nulla è loro debitrice.

Notiamo da ultimo; che il motivo di tal disposizione e la sua natura di privilegio eccezionale ed il suo testo ed il posto che occupa, indicano chiaramente non esser da applicarsi alla moglie del morto civile.

3. Scioglimento per la separazione di beni e di persona.

1463 (T). — La moglie che ha fatto divorzio, o che è separata personalmente, se non abbia accettata la comunione fra i tre mesi e quaranta giorni dopo la sentenza diffinitiva del divorzio o della separazione, si considera che vi abbia rinunziato, purchè prima della scadenza del detto termine non abbia ottenuta una proroga dal giudice, inteso il marito, o legittimamente citato.

SOMMARIO

I. La moglie nel caso di scioglimento per separazione personale non è tenuta a fare lo inventario, e vien reputata come se legalmente vi abbia rinunciato, ove non accetti nei tre mesi e quaranta giorni (salvo proroga del termine) a contare dal giorno in cui la sentenza è passata in cosa giudicata.

II. Scorso quel termine la moglie ha irrevocabilmente rinunziato.

III. Le regole sono le stesse della separazione di beni. Errore di Bellot; contrario errore dei tribuni Duveyrier e Mouricault.

IV. Se la moglie muore in quel termine, i suoi eredi hanno un nuovo termine di tre mesi e quaranta giorni.

I. — Sciogliendosi la comunione per la separazione di persona o di beni, siccome restano provvisoriamente al coniuge il possesso, l'amministrazione e il godimento dei beni comuni, e quindi ei non può temere alcun distornamento della moglie, la legge non esige più che questa faccia l'inventario, e la lascia libera di accettare, o di rinunziare senza compier quella formalità. E siccome in questo caso la moglie che vuol essere riguardata qual comproprietaria dei beni, è costretta di agire contro il marito per aver la sua porzione del fondo sociale, la legge vede, nel silenzio di lei, la probabilità che essa intenda rinunziare; e ciò diventa una certezza legale, cioè la rinunzia è irrevocabilmente acquistata, quando la moglie senza accettare, ha fatto spirare il termine accordatole per iscegliere.

Questo termine che (come quello che ha per rinunziare la vedova la quale si presume avere accettato) può esser prorogato se fa di bisogno dal magistrato, presente o dopo chiamato il marito, è di tre mesi e quaranta giorni, in modo che equivale ai due termini accordati alla vedova l'uno per fare l'inventario, l'altro per deliberare. Doveva andare così; perchè da un lato ben-

(1) *Sic* Duranton (t. XIV, n. 106); Bellot (t. III, p. 358); Zachariae (t. III, p. 494, nota 32); Odier (t. I, n. 479); Troplong (t. III, n. 1596). — Secondo altri scrittori cotal diritto non deve mai eccedere il termine stabilito. — *Vedi* Maleville (sopra l'articolo 1465 (T)); Battur (t. II, p. 686); Paolo Pont e Rodière (t. I, n. 794).

chè la moglie abbia qui il dritto di pronunziarsi nell'uno o nell'altro senso non facendo prima inventario, gli è pur naturale che essa non si pronunzi senza essersi informata mercè l'inventario; e dall'altro, l'inventario ov'ella accetti, le servirebbe perchè risponda della sua metà dei debiti comuni, fino alla concorrenza dello attivo (articolo 1483 (T)). Se essa adunque non è astretta a farlo, vi ha un grande interesse, ed era ben giusto dargliene il tempo.

Il termine corre, secondo il nostro testo, dal giorno in cui la separazione è stata definitivamente pronunziata, ossia da quello, secondo ben diceva la Corte suprema, in cui la sentenza non può più attaccarsi con uno dei mezzi ordinarî; dal giorno della decisione in contraddizione, e da quello in cui spira il termine di opposizione contro una decisione contumaciale, o il termine di appellare contro una sentenza di prima istanza (1).

Ciò posto è errore il dire, come fe' una antica decisione della camera dei ricorsi (del 29 gennaro 1818), che il termine corra solo dal giorno del rendimento del conto, quando una sentenza di separazione ha prescritto al marito di render conto dei beni alla moglie.

Cotal dottrina, così apertamente contraria alla disposizione del nostro articolo, non è giustificata nemmeno da ragioni di equità o di utilità pratica, poichè la moglie può aver sempre prorogato il termine dal giudice, e stante il mal volere del marito potrebbe facilmente far dichiarare, per mò di esempio, che ella è obbligata di dichiararsi nel mese o nei quindici giorni seguenti al rendimento del conto.

II.—Abbiam delle volte affermato, che la moglie spirato il termine accordatole, non è assolutamente e definitivamente decaduta dalla comunione; in tali circostanze potrebbe ottener tuttavia un nuovo termine per pronunziarsi, o pure *de plano* e senza un nuovo termine farsi dichiarare in comunione, provando non esser stato mai suo pensiero il rinunziare. Imperocchè dicesi, secondo il nostro articolo, ove la moglie non accetti nel termine, si reputa aver rinunziato; ponendosi così una semplice presunzione *juris* contro cui non è vietata la pruova, e si allega una pretesa decisione della Corte suprema (2).

Coteste idee non son da ammettersi. La moglie che ha fatto scorrere il termine tacendo, non potrebbe averne un altro, poichè il nostro articolo non solo parla di proroga, ma aggiunge che la domanda non può esser accolta se non fatta dalla moglie *dentro il termine*. Ella non può provare di avere voluto sempre essere in comunione, e quindi è falsa la presunzione di riguardarsi come se abbia rinunziato; la legge nega l'azione giudiziaria per la presunzione di rinunzia, la quale togliendo alla moglie la comproprietà dei beni, il dritto di rivendicarli, forma una presunzione *juris et de jure* contro cui non si ammette la pruova contraria (art. 1342 (1296)).

Dicendosi nello articolo che la moglie si *reputa* avere rinunziato, non si vuole significare che essa fino a pruova contraria si supponga avere rinunziato, ma che in dritto è *assolutamente e rigorosamente come se abbia rinunziato*, quand'anche ciò non fosse in fatto; parimente, quando lo art. 785 (702) dice che l'erede il quale rinunzia *si reputa* non esser stato mai erede, vuol dire, che a parlar legalmente non ha mai avuto tal qualità; similmente, secondo l'art. 883 (803) ciascun coerede si *reputa* aver succeduto soltanto ai beni compresi nella sua porzione. Le parole *si stima, si reputa* hanno nel linguaggio giuridico la maggiore energia, ed esprimono il sostituirsi del dritto al fatto, e sono la espressione più comune di quelle mille finzioni legali *quae idem operantur in casu ficto quam veritas in casu vero*.

La decisione di rigetto del 1831 condanna energicamente la dottrina da noi combattuta. Vero che in essa leggesi una espressione (poco esatta) la quale isolata e tronca sembra favorevole al contrario siste-

(1) Rig., 2 dic. 1831 (Dev., 31, 1, 771).

(2) Rig., 21 giugno 1831 (Dev., 31, 1, 268).

ma: « L'art. 1463 (T), dice essa, stabilisce una sola presunzione fondata sul silenzio della moglie, e *non può prevalere sulla formale espressione del suo pensiero* ». Ma la frase finisce con due parole che cangiano del tutto il senso che vorrebbe darsi a questa prima parte; perchè vi si dice: « sull'espressione formale della sua intenzione, *manifestata anteriormente* ».

III.—Poi la decisione soggiunge che « il fine *evidente* di tal disposizione non è di proibire una anticipata accettazione, ma solo di *non permettere alla moglie che accetti, passato il termine* ». In tal modo il ricorrente, giudaicamente interpretando il nostro articolo, pretendeva che la moglie potesse accettare *nei tre mesi e quaranta giorni* non dopo nè *pria*; in tal sistema l'accettazione fatta dopo la sentenza di separazione, ma pria fosse spirato il termine di appello sarìa stato senza effetto! La Corte a buon dritto respinge questa strana idea, dicendo che l'articolo non proibisce l'anticipata accettazione, bensì la tarda, e che il suo unico ed evidente risultato si è *che non è permesso alla moglie di accettare passato il termine*. Ed è questo quel che da noi si sostiene (1). Si è da noi detto che il nostro articolo benchè parli solo della separazione di persona, pure si applica alla separazione di beni a cui sembra che la legge non abbia qui pensato, perchè erasene a lungo occupata nella precedente sezione, e perchè l'applicazione dell'articolo a tal caso è per altro evidente e deriva *a fortiori* dalla separazione di persona.

Intanto uno scrittore, Bellot (II, p. 312-321), insegna il contrario, sforzandosi provare che la moglie separata di beni debba esser come la vedova sottoposta all'obbligo dell'inventario, ed anche ove questo manchi nè vi sia una espressa rinunzia, alla presunzione legale di accettazione. Ma è tanto più inesatto tal sentimento isolato, tanto più certo è il nessun obbligo dello inventario e la presunzione di rinunzia (ove non si sia accettato *verbis o facto* pria di spirare il termine) quanto non potrebbe sorgere altra difficoltà dal silenzio del nostro articolo che questa: se la moglie separata di beni abbia mai il dritto di accettare, e se le si debba imprimere necessariamente, e per la forza delle cose, la qualità di rinunziante. « È quistione, diceva Pothier per tal caso, se la moglie possa accettare la comunione, e chiederne la divisione. — Pare in sulle prime che tal dimanda sia in contraddizione colla separazione di beni che può farsi pel cattivo stato degli affari del marito, ed in conseguenza della comunione (n. 520) ».

Il tribuno Duveyrier conseguentemente a tale idea diceva nel suo rapporto sulla nostra sezione che « la separazione di beni rende la moglie estranea alla comunione, e che le altre cause di scioglimento son le sole che dàn luogo al dritto di scelta ». (Fenet, XIII, p. 733, 734). Parimente esprimesi il tribuno Mouricault nel suo rapporto sull'art. 874 (952) del Codice di proc., ma ciò sarebbe erroneo. Diceva altre volte Pothier e con Lebrun e colla giurisprudenza del Castelletto, ch'ei cita, che la separazione di beni ottenendosi qualche volta durante una comunione ancor buona, sebbene molto scemata, non poteva negarsi alla moglie il dritto di accettarla; questa facoltà non è oggi più dubbia, poichè l'art. 874 (952) del Codice di proc. accorda espressamente alla moglie *separata di beni* il termine di tre mesi e quaranta giorni per lo inventario e per iscegliere.

Ma è certo che la moglie può accettare, ciò non può mai presumersi, ed in man-

(1) Vedesi del resto che la prima frase della decisione di cui ha voluto farsi forte il contrario sistema, è inesatta e contraddittoria.

La decisione chiede se debba prevalere la presunzione legale di renunzia, o l'intenzione espressa della moglie di formalmente accettare. Or prevalendo la presunzione nel silenzio della moglie, essa deve cessare in faccia alla espressa volontà di lei, e viceversa. Come adunque far prevalere l'una sul- l'altra, due cose che non possono coesistere? In ogni modo è stato deciso che la regola soffra eccezione nel caso in cui la difficoltà, che non è stato in poter della moglie far finire, l'abbiano impedito di dichiarare la sua scelta, ed in cui il marito, aderendo, ha rinunziato di giovarsi contro la moglie dello spirare dei termini. Rouen, 26 giugno 1851 (Dev., 52, 16).

:anza su ciò di manifesta volontà, la separazione di beni, dopo la quale l' accettazione sarà rarissima, trae con più ragione della separazione di persona la presunzione di rinunzia, l'esoneramento dell'inventario ed in una parola l' intiera applicazione del nostro articolo 1463 (T) (1).

IV. — La legge che prevede il caso in cui, durante il termine accordato per la scelta, muore la moglie sopravvivente, non prevede la morte, durante tal termine, della moglie separata di persona o di beni. Come regolarsi in tal caso? Avrebbero gli eredi per pronunziarsi il solo tempo che resta dei tre mesi e quaranta giorni accordati alla moglie, o deve loro accordarsi un nuovo termine di tre mesi e di quaranta giorni da contare dalla morte?

Adottasi da noi tale idea per analogia dell' art. 1416 (1426). Quest' articolo accorda di nuovo l'intero termine, non solo dei tre mesi dell' inventario, ma anche dei quaranta giorni per deliberare, benchè quest'ultimo non sia fatale, potendo la moglie o i suoi eredi nei trent'anni scegliere a loro piacimento; con più ragione devesi accordare l'intero termine nel nostro caso, essendo il termine fatale, spirato il quale non vi sarebbe più dritto di scelta.

4. Scioglimento per la morte della moglie.

1466 (T). — Nel caso dello scioglimento della comunione per la morte della moglie, i di lei eredi possono rinunziare alla comunione ne' termini e colle forme che la legge prescrive alla moglie superstite.

I. — Allorchè per la morte della moglie sciogliesi la comunione, gli eredi di lei son posti dalla legge in una posizione che non è quella della moglie superstite, nè l'altra della moglie separata di persona o di beni, ma sta fra mezzo alle due. Da un lato, pari alla donna sopravvivente, gli eredi, sono obbligati se vogliono rimanere estranei alla comunione, farvi la rinunzia nei termini e colle forme degli art. 1457, 1458, 1459 (1422, 1423, 1424); in modo che fino alla contraria dichiarazione si reputano che abbiano accettato. D' altra parte, al pari della moglie separata, essi sono tenuti all' inventario perchè la legge impone loro i termini e le forme della rinunzia della vedova, ma non già le condizioni; e ciò è giusto, poichè il marito che ha il possesso dei beni non può temere che gli eredi della moglie ne distornino alcuna parte (2).

(1) *Conf.* Merlin (*Rep.*, alla parola *Invent.*, § 5, n. 3); Toullier (XIII 130); Glandaz (nn. 314 e 323); Demante (*Progetto*, III-120); Duranton (XIV-459); Paolo Pont e Rodière (I-805); Odier (I-456); Troplong (III 1582); Rouen, 10 luglio 1826; Grenoble, 12 febb. 1830). — Troplong (il quale adottando esplicitamente l'opinione generale, tratta la quistione in modo poco completo, e si meraviglia che ristretto sia l' articolo, mentre gli antecedenti del Codice, e le circostanze della posizione la rendono sì naturale) crede che sia errore il citare come conforme alla comune nostra dottrina la decisione di Rouen del 1826, la quale a parer suo giudica il *contrario*. È questo un errore. — Vero che tale decisione compilata non molto bene dice non potersi applicare alla moglie separata di beni nè lo articolo 1459 (1424) nè l'art. 1464 (T); ma tosto soggiunge non potersi applicare *testualmente* quest' ultimo, che *testualmente* si limita alla moglie che ha fatto divorzio o è separata di persona; poi lasciati da banda i muti testi del Codice, dichiara che l'art. 1463 (T) è più analogo dell'articolo 1450 (1414) *alla moglie separata di beni*, e che dallo spirito della legge risulta *non esservi termine fatale per la rinunzia* della moglie separata di beni, nè *obbligo impostole per far stendere l'inventario e bastare essersi ella astenuta per poter sempre rinunziare*. Conseguentemente riformando la contraria decisione di prima istanza, giudica (come poi ha fatto la decisione di Grenoble) che la moglie sia estranea alla comunione benchè abbia rinunziato, scorsi di molto i termini, e senza aver fatto inventario. Sorprende che Troplong, allegando la decisione di Grenoble, insista nel credere contraria quella di Rouen, mentre le due decisioni non solo *giudicano identicamente la medesima cosa*, cioè che non vi ha termine stabilito nè obbligo di inventario, ma quella di Rouen è molto più esplicita intorno a' due punti.

(2) La giurisprudenza pende in questo senso. Rouen, 10 luglio 1826 e 29 maggio 1843; Grenoble, 12 febb. 1830; Poitiers, 17 dic. 1831; Douai, 14 maggio 1853 (Dev., 47, 1, 493; 52. 2, 334; 56, 2, 25). È questa pure l'opinione professata da Paolo Pont nel suo *Trattato del Contratto di Matrimonio* (t. 1, n. 878). Ma egli poi si è disdetto. *Vedi*

Gli eredi della moglie nelle di cui mani non sono i beni, si sarebbero dovuti pareggiare del tutto alla moglie separata, stabilendo anche per essi la presunzione di rinunzia. Ma poichè da una mano lo scioglimento avvenuto per la morte della moglie non fa sospettare il cattivo stato degli affari, che si suppone quasi sempre nella separazione di beni ed alle volte in quella di persona, e dall' altra non incomoda una formale rinunzia quando non si ha da fare l'inventario nei tre mesi dal dì della morte, si applica naturalmente la disposizione del nostro articolo.

L'art. 1475 (T) regola il caso in cui alcuni eredi vorrebbero accettare la comunione ed altri rinunziarla, e ciò può anche avvenire nei due casi degli art. 1461, 1463 (1426, T).

SEZIONE V.

DELLA DIVISIONE DELLA COMUNIONE DOPO L'ACCETTAZIONE.

Nella nostra sezione la legge tratta della accettazione e della divisione di comunione che da quella deriva; poi nella seguente, che è l'ultima, della comunione legale, della rinunzia e dei suoi effetti.

1467 (T). — Dopo che la moglie o i di lei eredi hanno accettata la comunione, la parte attiva si divide, e la parte passiva si sopporta nel modo seguente.

La sezione, dopo le due idee esposte dall'articolo, tratta in due paragrafi: 1° della divisione delle attività; 2° del modo con cui si sopportano le passività. — Diciamo, come la legge, del modo *con cui si sopportano le passività* e non già *della divisione* delle passività; avvegnachè queste non sieno nell'indivisione (dividendosi di pieno dritto i debiti), per cui non possono dividersi; si debbono solo stabilire le regole secondo cui devono pagarsi.

§ 1. — *Della divisione delle attività.*

Pria di procedere alla divisione, bisogna comporre la massa divisibile facendo conferire quel che i coniugi debbono alla comunione, e riprendere i beni propri o il danaro che lor deve la comunione.

La legge regola tali preliminari cogli articoli 1468 1473 (TT), e tratta poi della divisione nell' articolo 1474 (T) e seguenti.

1. Conferimenti e ricuperi precedenti alla comunione.

1468 (T). — I coniugi o i loro eredi conferiscono nella massa de' beni esistenti tutto ciò che devono alla comunione per titolo di compenso o d'indennità, secondo le regole di sopra prescritte nella sezione II della I parte del presente capo.

1469 (T). — Ciascun coniuge o il suo erede conferisce egualmente le somme che si sono levate dalla comunione, o il valore dei beni che il coniuge ha preso da essa per dotare una figlia d'altro letto, o per dotare a conto proprio la figlia comune.

Rivista critica (t. II, n. 636). *Vedi* inoltre Odier (t. I, nn. 469 e seguenti); Troplong (t. III, numeri 1548, 1603); Bellot (t. II, p. 315) e Cass., 9 marzo 1842 (Dev., 42, 1, 913).

I. — Nell'articolo 1437 (T) si è spiegato l principio secondo il quale il coniuge deve in compenso alla comunione, se ne ha tratto in personale vantaggio a spese dei beni comuni; tal principio applicasi particolarmente nelle ipotesi previste dal nostro artic. 1469 (T), il quale tratta del modo come debba effettuirsi il compenso. Secondo i nostri articoli deve farsi con un *conferimento* reale o fittizio alla massa comune, (1) nè si potrebbe compensare col danaro dovuto dall'uno e dall'altro dei coniugi. Certo che il pagamento che si esegue colla compensazione dei compensi dovuti da ambe le parti alla comunione, avrà lo stesso effetto del pagamento eseguito colla collazione e sarà da preferirsi perchè più semplice; ma non è sempre tale. Se i compensi dovuti dai coniugi son uniti a compensi ad essi dovuti da una comunione che ha poco attivo, il marito potrebbe esserne gravemente leso. Supponiamo che ognuno dei coniugi debba 20,000 fr. alla comunione (sia per costituzione di una dote di 40,000 fr. fatta da entrambi, o per tutt'altra causa) e che la comunione debba alla moglie 50,000 fr. e ne possegga soli 10,000; se la collazione è fatta da entrambi i coniugi, i fr. 40,000 uniti realmente o fittiziamente ai 10,000 esistenti, faran giusto la somma necessaria per pagare li 50,000 fr. dovuti alla moglie, senza che il marito dia cosa alcuna oltre li 20,000 fr. che ei doveva alla comunione. Se estinguevansi invece colla compensazione i due compensi di 20,000 fr. dovuti dai coniugi, la moglie che troverebbe nella cassa comune 10,000 fr. invece di 50,000 dovutile, si volgerebbe pel resto del credito su i beni proprî del marito (articolo 1472 (T)), e questi pagherebbe 40 mila franchi e non 20,000 che dovrebbe soltanto pagare.

1470 (T). — Ciascun coniuge o il suo erede preleva dalla massa dei beni: — 1° I suoi proprî beni non conferiti nella comunione, se esistono in ispecie, o quelli che sono stati acquistati in loro surrogazione; — 2° Il prezzo dei suoi immobili alienati durante la comunione, che non sia stato rinvestito; — 3° Le indennità che gli sono dovute dalla comunione.

1471 (T) — Le precapienze spettanti alla moglie hanno luogo prima di quelle del marito. — Quando i beni più non esistono in ispecie, le precapienze si fanno primieramente sul danaro contante; quindi su' beni mobili, ed in sussidio sopra gli immobili della comunione: in questo ultimo caso la scelta degl'immobili spetta alla moglie ed a' suoi eredi.

1472 (T). — Il marito non può ripetere ciò che gli è dovuto fuorchè su' beni della comunione. — La moglie ed i suoi eredi, quando non bastino i beni comuni, ripetono ciò che loro è dovuto su' beni proprî del marito.

SOMMARIO

I. Tre sono gli oggetti delle precapienze. Pei due primi il marito e la moglie sono in pari condizione. Differenza fra di loro per rispetto al terzo. In questo pure possono ambi prendere beni della comunione in natura e a titolo di proprietà. Falsa dottrina di Troplong.

II. Giustificazione di queste proposizioni. Redazione inesatta del Codice.

III. L'appropriazione dei beni comuni per com-

(1) Quando l'erede del marito, donatario d'immobili dipendenti dalla comunione, è stato condannato, perchè annullatasi la donazione, a conferire o restituire gl'immobili o il loro valore, il danaro che conferisce alla comunione invece degl'immobili deve comprendersi nella massa immobiliare, e non come semplice compenso in quella mobiliare. Quindi la moglie donataria del mobile, non ha alcun dritto esclusivo su tal somma che deve dividersi tra lei ed il rappresentante del marito. Rig., 16 febb. 1852 (Dev., 53, 1, 18).

penso non dà luogo al dritto di mutazione. Secus *se la moglie agisca sopra i beni del marito. Essa però non può appropriarsi beni comuni in danno dei creditori della comunione.*

I. — Le azioni di ricupera, o le precapienze dei coniugi, han tre oggetti: 1° i loro immobili proprî, che abbracciano gl'immobili acquistati e che han sostituito gli alienati; 2° il danaro non rimpiegato, ma non confuso nella cassa comune, dei beni proprî alienati, ed anche tutti gli altri mobili che potrebbero esser proprî; 3° tutti i crediti che possono avere i coniugi contro la comunione. La massa dei beni di cui parla l'art. 1470 (T) non sono solo i beni comuni, ma tutti quelli che trovansi nella casa, e si considerano dalla legge come formanti una sola massa, dappoichè tutti, anche i proprî, trovansi riuniti in *unum* sotto l'amministrazione del marito, e sotto la comunione usufruttuaria dei beni proprî.

L'esercizio delle azioni di ricupera non offre differenza alcuna tra il marito e la moglie in quel che concerne i due primi oggetti; i beni proprî che esistono in *natura* ed i prezzi, non confusi nella cassa comune, dei beni proprî alienati che diventano anche somme proprie esistenti anche in *natura*, si prelevano *in ipso corpore* dal coniuge cui personalmente appartengono. Ma tra il marito e la moglie esiste una differenza non solo come (l'indicherebbe l'inesatta espressione del Codice interpretandola letteralmente) *per i beni che non esistono più in natura*, locchè si applicherebbe solo ai compensi dovuti per alienazione di beni proprî il cui prezzo si ha tolto la comunione, bensì per tutti i compensi oltre a quelli di beni proprî in natura. In fatti la moglie essendo obbligata pei debiti della comunione fino alla concorrenza dell'attivo che trova (art. 1483 (T)), nel mentre il marito lo è indefinitivamente su i beni proprî, come sulla sua parte di comunione, ne segue che la moglie può prendere i suoi compensi, nel caso che non bastino i beni comuni, su i beni personali del marito (art. 1472 (T)); e questi non potendo agire contro i beni della moglie, i compensi di questa devono prendersi prima di quelli del marito (articolo 1471 (T)).

Questi compensi, che formano l'ultimo dei tre oggetti cennati, esercitansi dall'uno come dall'altro coniuge sul contante della comunione; se questo non basta, su' mobili, ed anche sugl'immobili se questi non sieno sufficienti. Può d'altronde il coniuge fattone l'estimo togliersi e dai mobili, e dagl'immobili quel che gli talenta (purchè l'importo non sorpassi la somma del compenso dovutogli). Se gl'immobili comuni non bastino, può allora la moglie volgersi pel di più contro il marito; ma non può procedere prelevando in natura; essa non è più proprietaria bensì semplice creditrice, e l'art. 1472 (T) non le conferisce in tal caso il dritto che l'art. 1471 (T) accorda su i beni della comunione. Solo dunque su questi la ricupera costituisce un primo atto di divisione. A ragione adunque la dottrina d'una decisione di Douai e di Troplong, secondo la quale le ricupere sarebbero fatte a titolo di *credito* e non di *proprietà*, è energicamente condannata dalla giurisprudenza (1).

Anche Troplong cade nell'errore condannato a buon dritto dalle decisioni della Corte suprema. Si è visto infatti che il sapiente magistrato, benchè incominci dal conoscere avere il Codice bandito l'antico sistema del dritto di credito, in modo che secondo lui la moglie chiamata a prendere per le sue azioni di ricupera (in mancanza

(1) Douai, 17 giugno 1847. — Caen, 19 gennaro 1832; Rouen, 10 luglio 1845; Parigi, 21 febbraro 1846; Rig. civ., 1 agosto 1848; Rig. civ., 28 marzo 1849; Rig. di un ric., 8 ap. 1850 (Dev., 41, 2, 82; 46, 2, 305; 48, 1, 727; 49, 2, 71 e 353; 50, 1, 356). Ne segue che gli oggetti prelevati per tal causa sulla massa comune dei beni della comunione, debbano essere imputati sull'ammontare dei suoi dritti pel valore che essi aveano il giorno dello scioglimento della comunione, e non per quello che hanno nel punto in cui si prevalevano. Bordeaux, 13 luglio 1853 (Dev., 54, 2, 145).

di danaro nella cassa comune) i mobili o immobili comuni in natura, non le prenderebbe che per dazione *in pagamento* e come modo di *liberazione del debito* della comunione; d'onde la conseguenza di poter essa ricusare i beni in natura, e volere si vendano per esser pagata in danaro. Abbiam noi confutato abbastanza tal dottrina; non vi ritorniamo adunque ; e perchè la moglie sotto il Codice, non come nell'antico dritto, agisce non in qualità di creditrice, ma qual comproprietaria dei beni comuni, essa deve prender questi in natura. Checchè ne dica Troplong (III, 1628 e 1629). non vedesi quel che tal obbligo abbia di dannoso per la moglie, poichè essa avrà i beni dell'attuale valore, e sarà libera di venderli dopo averli ricevuti; se essa è astretta a prenderli, non lo è a serbarli (1).

II.—Il fin qui detto par sia su tre punti in opposizione più o meno precisa col testo della legge; ma è facile giustificare le nostre proposizioni.

Dicesi da noi che la priorità attribuita ai dritti della moglie su quelli del marito esiste solo pei compensi o indennità e non pei prelevamenti dei beni proprî, cioè per l'ultimo dei tre oggetti cennati dall'articolo 1470 (T) e non pei due primi. Vero che il paragrafo dell'art. 1471 (T) dà tale priorità a tutti i prelevamenti della moglie senza distinzione alcuna; ma non è vero in ciò che riguarda i beni proprî. Vale solo in quanto permette alla moglie di appropriarsi, anche per intiero se il bisogno l'esige, i beni di cui il marito potria togliere una porzione concorrendo con lei. Tal facoltà non esiste nella moglie su i beni proprî del marito, ma solo sul danaro; su i mobili o immobili della *comunione* le è permesso dall'art. 1471 (T) di fare la scelta; i beni del marito rimangono lì per esser tolti da lui, che può esercitare il suo dritto durante, pria o dopo l'esercizio della moglie.

Dicesi anche da noi che il dritto della moglie di prender dalla comunione i mobili che le piaceranno, in mancanza di danaro, o gl'immobili se mancano i mobili, esiste per tutti i compensi dovutile, qualunque ne sia la causa.

Il 2° paragrafo dell'articolo 1471 (T) par conferisca tal dritto solo pei compensi dovuti per l'alienazione dei beni proprî della moglie; ed una decisione di Lione dichiara che la regola non è da applicarsi alle semplici indennità che hanno una causa diversa dall'alienazione della cosa propria (2).

Ma tale idea intieramente respinta dalla decisione di Caen, menzionata nella nota precedente, è inesatta. Cotal dritto si dà alla moglie, non come semplice creditrice, ma qual comproprietaria, qual condividente: or ella è tale, e colla ricupera si dà principio alla divisione, indipendentemente dalla causa per cui si devono i compensi: così Pothier, la cui dottrina è stata seguita dal Codice, mostra come semplicissimo e da applicarsi a tutti i compensi il dritto di prendere in natura i beni della comunione (numero 702).

La Corte di Lione, dicendo che questa disposizione ha per effetto di attribuire altri immobili alla moglie in vece di quelli alienati, tentò di spiegarla con un motivo bizzarramente falso, poichè la moglie può pretender gl'immobili soltanto in sussidio, e per eccezione, in mancanza di danaro e di mobili.

Un' ultima pruova ricaviamo dalla disposizione del n. 3 dell'art. 1470 (T), il quale presentando tutte le indennità da ricuperarsi come costituenti le precapienze da farsi sulla massa, e pareggiandole quindi a quelle di beni in natura dei nn. 1 e 2

(1) Il dritto di prelevare in natura accordato alla moglie per i suoi dritti dall'articolo 1471 (T), cessa quando i mobili sono indivisibili : la precapienza può allora esercitarsi soltanto sul prezzo. Ric., 7 maggio 1855 (Dev., 56, 1, 369). Quando il marito non ha fatto inventario e non ha dichiarato l'esistenza e consistenza del mobile, i prelevamenti della moglie devono esercitarsi sugl'immobili, ed il marito onde farli esercitare pria su i mobili, non sarebbe ammesso a chieder la pruova testimoniale per la esistenza e valore del mobile; Ric., 1° dicembre 1852 (Dev., 53, 1, 166).

(2) Lione, 3 marzo 1841 (Dev., 41, 2, 347).

ci mostra trattarsi qui di tutti i compensi, inesatti essere i termini della legge, e lo articolo nel parlare della ricupera *per i beni che non esistono più in natura*, aver voluto indicare qualunque ricupera *oltre quella di beni esistenti ancora in natura*.

Diciamo finalmente, che se il marito non può pretender i suoi compensi prima della moglie, o insieme con essa, molto meno potrebbe agir contro i beni di costei, quando non basti la comunione; egli può per l'incontro, come la moglie, pagarsi coi beni comuni. — Pure l'articolo 1471 (T) indica questo dritto solo per la moglie; ma siccome l'art. 1470 (T) stabilendo la natura legale delle ricupere, e formandone dei prelevamenti da farsi sulla massa dei beni, non fa distinzione fra il marito e la moglie; e siccome il dritto di appropriazione deriva dalla precapienza e dal dritto di comproprietà proprio d'ambi i coniugi, dobbiam fermamente tenere che un tal dritto spetti pure al marito. Così insegnava Pothier (*loc. cit.*) e la sopraddetta decisione della Corte di Caen.

III. — Poichè il coniuge prendendo i beni mobili o immobili della comunione per le indennità dovutegli fa un prelevamento legale di divisione, una ricupera di beni che si stimano essergli sempre appartenuti, non havvi in tal caso acquisto di proprietà, trasmissione da una persona ad un'altra, e in conseguenza non si deve il dritto di mutazione. Non così se la moglie, non bastando i beni della comunione, agisca contro il marito, e questi si liberi abbandonandole i beni mobili o immobili in natura, che sono quindi estranei a lei; però essa li acquista, ed è tenuta al dritto di mutazione. Del resto non perchè il coniuge conservi legalmente i beni comuni, mercè la precapienza, la moglie potrebbe ritenere, come pretende Troplong (III-1633-1642), che i creditori della comunione potessero procedere sui beni da lei scelti (1).

In qualunque modo essa si riguardi, non può mai avere siffatto diritto. Se si ha come *proprietaria*, essa lo è come moglie in comunione; riprende la cosa come comune, la quale resta quindi in pegno dei creditori della comunione. — Se si riguarda come creditrice della comunione, gli altri creditori hanno l'ugual dritto; ella non ha per rispetto ad essi alcuna causa di prelazione, e dev' essere pagata in concorso con essi. Lo stesso è per gl'immobili della comunione come per i mobili, senza vi si possa opporre l'ipoteca legale della moglie, non ostante il parere di Pothier (n. 747), di Zachariae (III, p. 456) e d'una decisione di Angers (del 2 dic. 1830); dappoichè a qualunque parere si appigli, per conoscere se l'ipoteca della moglie che accetta gravi su gli acquisti della comunione che la divisione ha reso *immobili dal marito*; certo si è che essa non grava *gl'immobili della comunione*. L'art. 2121 (2007) col dare alla moglie l'ipoteca su i soli immobili del marito, rende impossibile il riconoscere la sua esistenza sui beni che per effetto della divisione potranno appartenere alla moglie. Troplong ed altri scrittori (2) han riconosciuto un tal punto.

(1) Questo punto è oggi vivamente controverso. Dopo la decisione del 15 febbr. 1853 (J. P., 1853, t. I, p. 513) con cui la Corte di cassazione consacrò un dritto di prelazione in favore della moglie sopra i valori mobili della comunione, un disordine può dirsi essersi introdotto nella pratica, accordando quasi universalmente alla moglie il diritto di concorrere in proporzione cogli altri creditori sopra i valori mobili della comunione. Poi persistendo la Corte di cassazione in tal dottrina (decisione degli 11 aprile 1854; J. P., 1854, t. I, p. 246), ne è venuta una confusione di decisioni che riuscirebbe difficile oggi, se non impossibile, determinare lo stato della giurisprudenza. Ci basti citare le ultime decisioni: Corte di Parigi, 23 febb. 1856 (Dev., 56, 2, 139); Bordeaux, 27 febbraro 1856 (Dev., 56, 2, 241); Douai, 21 genn. e 14 febb. 1856 (*ibid.*); Amiens, 6 marzo 1856 (*ib.*). Esse in generale confermano gli usi della pratica, e in questo senso si sono avvisati gli scrittori. — *Vedi* Paolo Pont, *Rivista critica* (t. III, p. 436; t. IV, p. 453 e t. VI, p. 398); Serrigny (*ibid.*, t. V, p. 162); Ancelot (*ibid.*, t. VI, p. 408); Valette (*Il Drillo* del 25 aprile 1855); Mimerel (*Rivista critica*, t. IV, pag. 118). — Del resto la quistione pende oggi innanzi le Camere riunite della Corte suprema; la pratica aspetta colla massima sollecitudine quest'ultima sentenza che toglierà ogni controversia.

(2) *Vedi* Grenier (*Ipot.*, I, 248); Delvincourt (II); Persil (*Quist.* I, p. 233); Duranton (XIV, 516); Troplong (*Ipot.*, n. 433 *ter.*); Valette (*Ipot.*, I, p. 255);

1473 (T). — I rinvestimenti ed i compensi che la comunione deve agli sposi, ed i compensi e le indennità che gli sposi debbono alla comunione, producono *ipso iure* gl'interessi dal giorno dello scioglimento di quella.

I. — Dal giorno stesso dello scioglimento i beni da prelevarsi dai coniugi e quelli da conferirsi non appartengono più alla massa, quindi gl'interessi corrono da quel giorno, a pro dei coniugi pei primi, ed a pro della massa pei secondi. E poichè sciolta si la comunione non vi ha più il capo contro cui o da cui possa intentarsi la domanda, gl'interessi dovran correre di pieno dritto senza bisogno di quella (art. 1153 (1107)).

2. Della divisione e dei suoi effetti.

1474 (T). — Fatte da entrambi i coniugi tutte le precapienze sulla massa, il rimanente si divide per metà tra ciascuno di essi o fra quelli che li rappresentano.

1475 (T). — Se gli eredi della moglie sono discordi, in modo che l'uno abbia accettata la comunione, cui l'altro ha rinunziato, quegli che l' ha accettata non può prendere se non la sua porzione virile ed ereditaria, su i beni caduti nella quota della moglie. Il dippiù rimane al marito, il quale resta obbligato verso l' erede rinunziante per quei diritti che la moglie avrebbe potuto sperimentare in caso di rinunzia, ma soltanto fino alla concorrenza della porzione virile ereditaria del rinunziante.

SOMMARIO

I. In principio, la comunione si divide per metà; non così quando alcuni degli eredi della moglie vi rinunciano.
II. Il dritto della scelta può usarsi diversamente, in qualunque modo pervenga agli eredi.
III. Similmente per gli altri successori generali. — Quid *di due legatari, uno di mobili, l'altro di immobili?*
IV. Perchè dee solo il marito sostenere la ripresa dei dritti stipulati dalla moglie fatta dai rinunzianti.

I. — Fattesi le collazioni e le precapienze, i rimanenti beni che formano la vera massa, si dividono in metà fra il marito e la moglie o i loro eredi.

La divisione intanto può non farsi in metà, ove la comunione non si accetti dalla moglie, ma dai suoi eredi dopo la di lei morte. La legge infatti usando qui maggior preveggenza che non usò nella materia delle successioni (*Vedi* la spiegazione dell'art. 782 (699), n. I), permette che ciascuno degli eredi della moglie rinunzi per la sua parte alla comunione, quantunque gli altri coeredi accettino; inguisachè se, per esempio, son quattro gli eredi che hanno uguali dritti, ed un solo rinunzia, la divisione sarà ineguale; il marito avrà una porzione di $^5/_8$, e gli altri eredi che accettano prenderanno $^1/_8$ per uno. — Nell'antico dritto era controverso, se nel caso di rinunzia di uno o più eredi della moglie, la parte di questi dovesse aumentarsi agli accettanti, in modo che la comunione si dividerebbe sempre in due metà, una pel marito o pei suoi eredi, e l'altra per gli eredi della moglie, per quanti fossero; ma Pothier (n. 578) aveva osservato che potendo ben dividersi il dritto di

Paolo Pont e Rodière (I, 834). — In tutti i casi la moglie in comunione non può esercitare i suoi diritti, o come proprietaria o come creditrice privilegiata, su i mobili della comunione, in danno dei creditori del marito ai quali furon dati in pegno. Dijon, 18 dic. 1845 (Dev., 56, 2, 353).

accettare o di rinunziare, ciascuno erede ha nè più nè meno per la sua parte nella metà, il dritto che avrebbe la moglie per l'intera metà, cioè può accettare o rinunziare. Ciò, che è ben ragionevole, è stabilito dal Codice. Adunque ciascuno degli eredi della moglie, accettando, prende nella metà della comunione una parte proporzionalmente alla sua quota ereditaria, rimanendo al marito quel che essi han lasciato. Ciascun erede, diciamo, non può accettare (o rinunziare) che per la sua parte *ereditaria* e non per la sua parte *virile*, siccome fa il nostro articolo che adopera insieme le due espressioni; avvegnachè le parti virili si ragguaglino per capi, e sieno eguali per tutti, per modo che essendo alle volte ineguali i dritti ereditarî (come se gli eredi sono, l'uno fratello e l'altro padre del defunto), sarebbero spesso in urto le due parole virile ed ereditaria, mentre per lo più e trattandosi di figli, sono esatte.

II.—Sebbene l'articolo nostro riguardi il caso in cui il dippiù della comunione spetta *al marito* (non aggiungendo *o ai suoi eredi*), gli è certo non potersi la regola applicare ugualmente al caso in cui sciogliendosi la comunione per la morte del marito, la moglie superstite avesse poi morendo trasmesso ai suoi eredi il dritto di scelta da lei non esercitato. Paolo Pont e Rodière (I,839) par che restringano la disposizione alla sopravvivenza del marito; infatti altri giureconsulti si avvisano esser diversi i due casi. Quando lo scioglimento, si dice, è avvenuto in vita della moglie che non poteva in parte accettare e in parte rinunziare, essa trasmette indivisibile il suo dritto ai suoi eredi, per modo che questi tutti sono tenuti ad accettare o a rinunziare. Per l'incontro, se lo scioglimento ha luogo per la morte della moglie, il dritto di scegliere ha il suo principio in persona degli eredi, e per conseguenza esso è divisibile, e diviso fin dal suo principio.—Errore: questo diritto può bene dividersi. La moglie per fermo non potrebbe esercitarlo che indiviso, poichè la medesima persona non può al medesimo tempo accettare e rinunciare; ma non per questo ha luogo la pretesa indivisibilità del dritto: Esso non è già lo stesso per gli eredi, poichè per essi è divisibile e si divide: infatti ciascuno di essi non può al tempo istesso accettare e rinunciare la sua parte; e mentre che i suoi eredi, morendo lui, possono rinunciare ed accettare ognuno per la sua parte, egli è nell'obbligo di scegliere per il tutto. Difatti il dritto più divisibile che vi sia, si esercita sempre, in quanto appartiene ad unica persona per tutto o per una parte, come se fosse indivisibile (artic. 1220 (1173)). Un dritto può o no dividersi, secondochè il suo oggetto sia o no divisibile (art. 1217 (1170)); or il nostro articolo dà la miglior pruova della divisibilità dell'oggetto del dritto, e quindi del dritto stesso: così pure Pothier comincia le sue spiegazioni dal principio della divisibilità del dritto, tanto per la moglie che per gli eredi (n. 577).

È incontrastabile adunque che la legge supponendo la sopravvivenza del marito, solo perchè avverandosi più spesso la sua ipotesi colla premorienza della moglie anzi che colla sopravvivenza di questa, la quale poi venga a morire nel termine prima della scelta, la legge dico qui, come sempre, ha naturalmente parlato *de eo quod plerumque fit*.

III.—Il dritto accordato agli eredi della moglie spetterebbe altresì agli altri suoi successori generali, cioè a quelli irregolari, e ai suoi legatarî universali o a titolo universale; che cosa risolvere se la moglie avesse lasciato un legatario di mobili ed uno di immobili, volendo accettare il primo, il secondo rinunziare? Pothier (n. 580) prevedendo un caso simigliante, e movendo dall'idea che avendo due successori un interesse contrario, non si dee prendere il partito secondo lo interesse speciale dell'uno o dell'altro, ma secondo l'interesse generale della successione, rispondeva doversi decidere dal magistrato il *quid utilius*, combattendo così la dottrina di Valin secondo la quale in tutti i casi i due successori potevan prendere quel partito che loro meglio convenisse. Oggi nulla è la-

ciato all'arbitrio dei magistrati, quindi non potrebbe più farsi l'esame del *quid utilius*, per cui la sola dottrina da applicare sarebbe quella di Valin.

IV, — Del resto è naturale che se uno o più dei successori della moglie rinunziano la comunione, e gli altri l'accettano, i dritti riserbatisi dalla moglie nel caso avesse rinunziato (il che potrebbe avvenire in una comunione convenzionale) e che ciascuno dei rinunzianti può esercitare per la sua porzione, sieno pagati non dagli eredi che accettano, ma dal marito. Così se la moglie ha stipulato che rinunziando potrebbe ritogliere 20.000 fr. da lei recati in dote maritandosi, ove uno dei suoi eredi rinunzi, i 10,000 fr. che gli appartengono, dovranno pagarglisi dal marito ; il che è tanto certo che non sappiam comprendere come Pothier (n. 579) l'abbia avuto per dubbio.

Siccome la moglie ha dritto o di prendere la metà della comunione, ovvero i 20 mila fr. lasciando quella al marito, ciascuno dei suoi due eredi non ha altro dritto, che di prendere il quarto della comunione, ovvero 10,000 fr. lasciando quello al marito, il quale nella porzione di comunione lasciatagli dal rinunziante trova il prezzo della parte che quegli si è tolta. Se l'erede che accetta, ovvero questi e il marito insieme , devono pagare la porzione di ciò che si è portato in dote, certamente l'erede che accetta non avrebbe più il suo quarto di comunione, poichè da una mano lo prenderebbe e dall'altra ne pagherebbe il prezzo. Dunque solo il marito dee pagarla; così decideva Pothier, così stanzia il nostro articolo.

1476 (T). — Finalmente la divisione della comunione, per tutto ciò che risguarda le sue forme, gli incanti degli immobili, quando abbian luogo, gli effetti della divisione, la garentia che ne risulta , ed i vicendevoli compensi, è soggetta a tutte le regole stabilite nel titolo *Delle Successioni* per le divisioni fra coeredi.

I. — Alla divisione della comunione son comuni le forme della divisione della successione. Essa dunque deve farsi giudiziariamente, se tra i condividenti vi sieno minori, interdetti o assenti (art. 823 e seg. (742); essa dichiarerà puramente la proprietà, non l'attribuirà (883 (803)); e si applicheranno le regole sulla garenzia, la rescissione, ecc. (884 e seg. 887 e seg. (804, 807)) (1).

Ma non sono da applicarsi le varie regole a cui il nostro articolo non si riferisce; per es., la privilegiata disposizione dell'art. 841 (760), secondo il quale possono i coeredi escludere dalla divisione il cessionario dei dritti successori del coerede, dandogli il prezzo della cessione, non si applicherà alla cessione di uno dei coeredi della sua parte indivisa nella comunione; come nemmeno si permetterebbe ai creditori della comunione di chieder la separazione dei patrimoni, per analogia dell'art. 878 (798). In questi due casi non trattasi nè delle forme, nè degli effetti della divisione (2).

La divisione è qui, come nelle successioni, nelle società, e dovunque, dichiarativa solo di dritto, e fa riguardar colui a cui il sorteggio dà una cosa, come se fosse *ab initio* l'unico proprietario di essa. Ma dove collocar qui l'*initium*? Da quando il condividente, per l'effetto retroattivo della

(1) *V.* rig., 8 ap. 1807; Parigi, 21 maggio 1813; Bourges, 29 maggio 1830.—*V.* anche Toullier (t. XII, n. 209; Merlin (*Rep.* alla par. *Dr. succ.*, n. 12); Zachariae (t. III, p. 49); Odier (t. I, n. 523); Paolo Pont e Rodière (t. I, n. 844) ; Troplong (t. III, n. 1681).

(2) Merlin (*Rep.*, alla parola *Dr. succ.*, n. 12); Toullier (XIII, n. 204-211); Zachariae (III, p. 497); Odier (I-523); Rodière e Paolo Pont (I-844); Metz, 17 maggio 1820: Bordeaux, 19 luglio 1826: Bourges, 12 luglio 1831 (Dev., 32, 2, 50). — Troplong (III-1681 e 1682) si uniforma al parer generale quanto all'art. 878 (798) ma non si decide quanto all'art. 841 (760). Par nondimeno ch'ei riconosca tal articolo non da applicarsi, visto il silenzio del Codice, e si dolga della non preveggenza del legislatore.

divisione, sarà stimato l'esclusivo proprietario? Si è scritto con piena sicurezza, doversi ripular tale dallo scioglimento della comunione. È questo un grave errore. La finzione dell'esclusiva proprietà del condividente risale al giorno in cui la cosa è entrata nella comunione. Per la retroattività delle divisioni si riguarda ciascuno di quelli che hanno avuto parte nella comunione, come se fosse stato proprietario esclusivo durante la comproprietà; or come nelle successioni i beni sono stati comuni e gli eredi comproprietari per la morte del *de cujus*, così la comproprietà e l'indivisione ha principio nel giorno in cui la cosa è entrata nella comunione, e non allo scioglimento. « In conseguenza, diceva Pothier il marito è stimato di *avere acquistato per sè* tutte le cose comuni che gli spettano nel sorteggio... Parimente la moglie si reputa *avere acquistato* col mezzo del marito, per conto di lei, le cose toccatele in sorte, ed esserne stata *la sola* proprietaria *dal tempo degli acquisti* (n. 711) ».

1477 (T). — Quel coniuge che avrà sottratta o nascosta qualche cosa appartenente alla comunione, sarà privato della sua porzione sulla cosa medesima.

I. — Il coniuge va soggetto a tal privazione, che è la pena del fatto, quando agisce con discernimento e non ostante la sua minore età. Questa disposizione, a differenza dell'altra che fa dell'occultamento un atto di accettazione, non assoggettisce a tutti i debiti della comunione (1).

Poichè la legge non dà al coniuge la porzione dell'oggetto che gli spetta in proprietà, con più ragione si deve ritenere, come nell'antico dritto, che sarebbe anche privo del dritto datogli per liberalità dall'altro coniuge sull'altra porzione; la giurisprudenza e varî scrittori condannano la contraria dottrina di una decisione di Colmar (2).

Ammettevasi un principio che se l'oggetto distornato od occultato fosse stato poi conferito spontaneamente dal coniuge, la pena non sarebbe più d'applicarsi; così oggi la pensano, tranne Glandaz (n. 357), che abbraccia il contrario parere allegando una decisione della Camera dei ricorsi. Che cosa dire su ciò?

Togliamo di mezzo in pria una tal decisione. Pria e dopo il Codice si è sempre conosciuto che il beneficio di cui trattasi si riferisce al solo coniuge che abbia spontaneamente conferito, e non già dopo scoverto l'occultamento; la decisione stabilisce appunto per il caso in cui si sia conferito dopo conosciuto il distorno. Il conferimento anteriore alla scoverta, e che deriva esclusivamente dal pentimento del coniuge, sarà riguardato sotto il Codice nè più nè meno di come lo era prima. *Inter personas conjunctas res non sunt amare tractandae*; il legislatore col punire il distorno intende parlare di quello perfetto, consumato con definitiva appropriazione dell'oggetto, non di un atto a cui si è negato il volere del coniuge, e che altro non è stato che un *principio* di distorno (3).

(1) Lebrun (I, 3, cap. 2, sez. 2, dis. 2); Renusson (parte 2, cap. 2, n. 14); Ferrière (Parigi, articolo 237, gl. 2, n. 20).

(2) Colmar, 29 maggio 1823; Parigi, 23 giugno 1828; Rig., 6 ap. 1832; Bourges, 10 febb. 1840, Riom, 6 agosto 1840; Nancy, 10 dic. 1841; Parigi, 24 giug. 1843; Rig., 4 dic. 1844 (Dev., 32, 1, 526; 40, 2, 387, 501; 42, 2, 220; 43, 2, 831, 45, 1, 191); Pothier (n. 690); Renusson (parte 2, cap. 2, nn. 37 e seg.); Lamougnon (decis. tit. 2, art. 90); Brodeau (sopra Louet *Lettera*, n. 48); Toullier (XIII-214), Zachariae (III, p. 496); Glandaz (n. 359); Paolo Pont e Rodière (I-842); Troplong (III-1692).

(3) Louet e Brodeau (*Lettera*, cap. 1); Lebrun (I, 3, cap. 2, sez. 2, dis. 2, n. 36); Pothier (n. 691); Merlin (*Rep.*, alla parola *Occultato*, n. 3); Dalloz (X, p. 257); Bellot (II, p. 235); Battur (I-702); Paolo Pont e Rodière (I-841); Troplong (III-1693); Parigi, 5 ag. 1839 (Dev., 40, 2, 49); Ric., 24 nov. 1847 e 20 marzo 1855 (J. P., 1848, *t. I*, p. 105; e 1856, t. I, p. 503). *Secus* allorquando la collazione è fatta o offerta dopo che si è scoverta la cosa occultata: gli stessi scrittori. Rig. di un ric. 10 dic. 1835; Parigi, 27 giug. 1846 (Devill., 36, 1, 327; 46, 2, 589).

3. Crediti scambievoli dei coniugi. — Lutto della moglie.

1478 (T). — Compita la divisione, se uno dei coniugi è creditore particolare dell' altro, come sarebbe nel caso che col prezzo della sua roba si fosse pagato il debito particolare dell'altro coniuge, o per qualunque altra causa, egli ha diritto di esigere il suo credito sulla porzione che è toccata a quest'ultimo sulla comunione, o sopra i di lui beni particolari.

1479 (T). — I crediti particolari, che i coniugi hanno l'uno contro dell'altro, non producono interesse se non dal giorno della domanda giudiziale.

1480 (T). — Le donazioni che l'uno dei coniugi avesse fatte all'altro, si eseguono soltanto sulla parte che ha il donante nella comunione, e sopra i di lui beni particolari.

SOMMARIO

I. Poca importanza degli articoli, mal collocati per altro nella nostra sezione. Pensiero che li ha dettato.

II. L' art. 1479 (T) si applica ai crediti nati prima dello scioglimento. I crediti possono ripetersi allo scioglimento.

I. — Il principio di questi tre articoli e del seguente, che a torto sono stati posti nella nostra sezione *della divisione della comunione,* vien sempre applicato, sia che la moglie accetti o rinunzî, o che la comunione si divida, o resti intieramente al marito o ai suoi rappresentanti.

Dicono i nostri tre articoli, che pei dritti che il coniuge può esercitare sul suo coniuge (tra i quali son quelli che risultano dalla donazione) si può agire sul *patrimonio* di questo, e gl'interessi, se ne producano, corran dal giorno della domanda. Quando la moglie rinunzia, il patrimonio del marito abbraccia gli antichi beni proprî e tutta la comunione (che diventa anche cosa sua propria), e la moglie può agire sull'intiero; il patrimonio della moglie è dei beni a lei proprî, e su questi il marito può esercitare i suoi dritti. Accettando la moglie, il patrimonio di ognuno dei coniugi (su cui chi di loro due è creditore o donatario può esercitare i suoi dritti) si costituisce dei beni suoi proprî e della sua parte della comunione. Ma ove si accetti, la legge non vuole che si confondano i dritti di uno sull'altro coniuge con quelli sulla comunione, e che i primi non possano pari ai secondi produrre interessi senza dimanda nè esercitarsi per precapienza sulla massa da dividere. Interessi non ne producono di pieno dritto, perchè qui il debito non è di beni che non hanno più amministratori, ma del coniuge contro cui è facile far la domanda: non vi ha dunque perchè allontanarsi dall' art. 1153 (1107); non possono esercitarsi per prelevamento sulla intera massa, bensì dopo la divisione sulla parte del coniuge, perchè, se questi agisse su tutti i beni, la metà sua si troverebbe anche compresa sulla cosa sua propria.

II. — Dall'ordine di tali disposizioni si scorge che l'art. 1479 (T) ha solo parlato dei crediti che un coniuge ha sull'altro allorquando si scioglie la comunione, non di quelli che posson sorgere dopo. Se un soprappiù si darà al coniuge nella divisione, dei beni comuni, l'artic. 1479 (T) non si applicherà a tal soprappiù, ed il credito produrrà interessi di pieno dritto secondo l'art. 1652 (1498), perchè prezzo dell'alienazione fatta dal coniuge d'una cosa di cui l'altro raccoglie frutti. L'articolo 1479 (T) non è fatto per tutti i crediti che sorgono quando che siano, e non dice che il credito che sia contro il suo coniuge (o suoi rappresentanti) non produrrà mai interessi di pieno dritto; dice bensì che il beneficio unito ai crediti che esistono contro la co-

munione al tempo dello scioglimento non è legato a quelli che nel *punto dello scioglimento* esistono contro il coniuge personalmente.

D'altronde allo scioglimento sono esigibili i debiti che due coniugi in comunione possono avere l'uno sull'altro, il che non potean fare durante la comunione. Così stabilisce l'art. 1478 (T); conforme era pure in ciò l'antico dritto (1).

1481 (1417).—Le spese del lutto della moglie sono a carico degli eredi del marito premorto.

La quantità di tali spese si regola secondo le facoltà del marito.

Sono dovute anche alla moglie che rinunzi alla comunione.

I. — Accetti la moglie o rinunzi, abiti essa col marito o ne sia separata di persona, sia ricca o povera l'eredità del marito, il lutto della moglie deve farsi su i beni di lui. Il danaro a tal uopo si pagherà dagli eredi; ed il lutto bruno sarà secondo gli averi e la condizione dei coniugi più o meno elegante; e così potrà anche estendersi ai domestici della vedova, qualunque ne sia il numero (2), o molto restringersi; in ogni modo è dovere il farsi, perchè la legge lo reputa convenienza pubblica.

Esamineremo nell'art. **2101** (1971) se il lutto debba far parte delle spese funebri, ed esser perciò privilegiato.

§ 2.—*Del passivo della comunione e della contribuzione al pagamento dei debiti.*

La legge nei dieci articoli di questo paragrafo ne mostra come debba sopportarsi il passivo della comunione. Bisogna qui, come nell'esaminato paragrafo, stabilire la composizione del passivo (art. 1409 e seg. (T)), distinguer due cose molto diverse: 1° ciò che ognuno dei coniugi deve sopportare rispetto ai creditori, cioè provvisoriamente e salvo il regresso contro il suo coniuge; 2° quel ch'ei deve sopportare definitivamente in faccia al coniuge. In altri termini bisogna distinguere: 1° l'obbligazione di rispondere al procedimento dei creditori; 2° la definitiva contribuzione.

Il nostro paragrafo, la cui ultima disposizione (art. 1491 (T)) applica agli eredi dei coniugi quanto si è detto per questi, consacra alla *contribuzione* i due primi e gli ultimi due degli altri nove articoli (1482 e 1483, 1489 e 1490 (TTTT). I cinque che restano (1484-1488 (TT)) sono relativi *al dritto di procedimento*.

1. Contribuzione ai debiti.

1482 (T). — I debiti della comunione si dividono per metà tra' coniugi o loro eredi; le spese per apposizione di sigilli, inventari, vendita di beni mobili, liquidazione, incanti e divisione, fanno parte di questi debiti.

1483 (T).—La moglie non è tenuta ai debiti della comunione, sia riguardo al marito, sia riguardo a' creditori, se non per

(1) Pothier (n. 676, 677); Parigi, 10 frimaio anno 13; Parigi, 1 agosto 1820; Bordeaux, 6 maggio 1818 (Dev., 19, 2, 609).—*V.* pure Zachariae (t. III, § 519); Paolo Pont e Rodière (t. I, n. 732). Pure è stato deciso, a mitigare il principio, che la donna maritata in comunione, ma che ha fatto domanda di separazione di beni, ha dritto di esser graduata — anche pria si pronunzi la separazione — secondo i crediti che ha contro il marito nella contribuzione apertasi sul prezzo dei di costui beni, salvo il dritto degli altri creditori di domandar che la moglie dia la cauzione o versi nella cassa dei depositi, fino a che sia decisa la separazione e i dritti di lei sien liquidati. Besanzone, 20 nov. 1852 (Dev., 53, 2, 127).

(2) Pau, 27 maggio 1837 (Dev., 38, 2, 291).

a concorrente quantità dell'utile che ne ha ritratto, purchè siavi stato un regolare e fedele inventario, e si renda ragione tanto di ciò che è compreso nello inventario stesso, quanto di ciò che l'è pervenuto dalla divisione.

1489 (T). — Quello dei due coniugi che viene molestato per la totalità d'un debito della comunione, in forza dell'ipoteca di cui era gravato l'immobile che gli toccò nella divisione, ha per diritto il regresso contro l'altro coniuge o i di lui eredi, per la metà di tal debito.

1490 (T). — Le disposizioni precedenti non impediscono che, in forza della divisione, sia addossato all'uno o all'altro dei condividenti il peso di pagare una quota dei debiti oltre la metà, ed anche di soddisfarli interamente.

Ogniqualvolta uno dei condividenti ha pagato debiti della comunione oltre la porzione per cui era tenuto, ha il regresso contro dell'altro.

SOMMARIO

I. Il passivo deve, secondo i casi, sostenersi o giusta la convenzione stabilita fra i coniugi, o in metà per ognuno, o dalla moglie in proporzione dei suoi vantaggi, e nel dippiù dal marito.

II. Con quali condizioni deve usar la moglie di tal beneficio.

III. Quali cose comprende l'emolumento, e come si apprezzano. In che differenzia il beneficio d'inventario della moglie da quello dell'erede. Censura d'una dottrina di Pothier esagerata da Duranton.

I. — Nella divisione della comunione son liberi i coniugi (o i loro rappresentanti) di stabilire, come crederanno, la porzione per cui ciascun di essi contribuirà al passivo. Se ad evitare la dannosa divisione d'un immobile, o per altro, convien loro metter da un lato, qual compenso d'una maggior parte di attivo, i due terzi, i tre quarti o anche l'intiero di tutto il passivo, o del tale e tal debito che lo compongono, potranno ben farlo, ed ogni convenzione sarà fra loro efficace (artic. 1490, § 1 (T)). Solo in mancanza di stipulazione potrà ricorrersi alla regola della legge, la quale richiede che ogni coniuge (o il suo rappresentante) contribuisca in metà (1482 (T)) salvo l'applicazione del beneficio particolare alla moglie.

Questa infatti (o dopo lei i suoi eredi) possono, colle condizioni che diremo, nel caso in cui la metà del passivo sorpassasse il valore di quanto ha preso nell'attivo, contribuire nei debiti fino alla concorrenza di esso, ricadendo il di più a peso del marito, o dei suoi rappresentanti.

La contribuzione è dunque dovuta: 1° per la quota imposta a ciascun coniuge nella convenzione; 2° da ciascuno per metà in mancanza di convenzione; 3° se l'attivo preso dalla moglie valga meno di essa metà, adempiendo del resto le volute condizioni, per una somma uguale all'attivo dalla moglie, e per il dippiù dal marito.

Tale è, secondo i casi, il modo con cui ognuno dei coniugi deve diffinitivamente contribuire ai debiti della comunione, e quando un di essi, sia per l'ipoteca che gravava un immobile venutogli in sorte, o per l'applicazione delle regole relative al dritto di procedimento dei creditori, che saranno da noi spiegate, avrà pagato di più, si volgerà contro il suo coniuge o i suoi rappresentanti, non per la metà, come vogliono gli art. 1484 1486 e 1489 (TTT), ma per la porzione che eccede.

Il passivo della comunione è composto di tutto ciò che esso deve al tempo dello scioglimento, secondo le regole dell'articolo 1409 (T) e seg., ed anche per le spese di apposizione di suggelli, d'inventario, e di tutto che si fa dopo lo scioglimento per gli atti che preparano, seguono o compiono la divisione.

II. — Perchè la moglie sostenga i debiti della comunione fino alla concorrenza del suo emolumento, bisogna: 1° che essa ab-

bia regolarmente fatto fare e confermato, nel termine ordinario di tre mesi, l'inventario della comunione; 2° che questo sia stato fedelmente eseguito, ed ella non abbia nè distornato nè accettato; 3° finalmente che essa renda conto e dei beni compresi nell'inventario, e di quelli non compresivi, o per involontaria dimenticanza, o a causa della loro natura immobile.

Riunite tali condizioni, vi è beneficio per la moglie tanto in faccia al marito o suoi eredi, per contribuire ai debiti, come si è detto, ed anche rispetto ai creditori della comunione per l'obbligo di rispondere al loro procedimento; di ciò trattano gli articoli seguenti. La sola differenza che vi ha tra i due casi si è, che il beneficio può opporsi al marito per tutti i debiti a carico della comunione, senza distinzione alcuna, nel mentre ai creditori si può opporre per quelli per cui la moglie è obbligata come vivente in comunione e non personalmente. In mancanza di qualche condizione decade la moglie dal beneficio, tanto in faccia al marito o suoi rappresentanti, che in faccia ai creditori, e deve essa contribuire in metà ai debiti, quand'anche il suo emolumento fosse minore di essa metà.

Fa di bisogno adunque un inventario, ed in tre mesi. Vero che dall'artic. 1483 (T) non si stabilisce il termine; ma siccome non può credersi che il legislatore abbia voluto autorizzar la moglie a farlo quando più le piacerebbe, bisogna credere che egli abbia voluto uniformarsi agli articoli 1456 (1421) ed agli altri simili, e che bisogna qui applicare il termine generale degli inventari, cioè tre mesi (articoli 795, 1456, 1461 (712, T, 1426)); del Codice di procedura, 174 (268), ecc. Tale è la giurisprudenza della Corte suprema (1).

La mancanza d'inventario fa decadere la moglie dal suo beneficio, sì quanto al marito e per la contribuzione, e quanto ai creditori e per la loro azione. Molti autori seguendo la dottrina di Pothier (n. 745) insegnano che l'inventario necessario in faccia ai creditori, non lo è in faccia al marito o suoi rappresentanti; e che la moglie qui decaduta dal suo beneficio riguardo al procedimento dei creditori, lo conserverebbe per la contribuzione (2). Ma la dottrina di Pothier è respinta dal nostro artic. 1483 (T), il quale vuole si faccia l'inventario e perchè esista il beneficio in faccia al marito e ai creditori. Se gli è giusto di uniformarsi alla dottrina di Pothier nei punti in cui il Codice tace, è altrimenti quando esso stabilisce una regola contraria; e qui il pensiero del legislatore sembra tanto men dubbio, quanto immediatamente alla regola di contribuzione in metà, e pria di entrare nelle disposizioni relative al dritto di agire dei creditori, ei sottopone il beneficio alla condizione dell'inventario. Anche in tal senso la Corte suprema ha deciso un tal punto, e Demante si spinge fin'anco a dire non essere quistione (3).

Non si comprende come il tribunale della Senna abbia giudicato che la decadenza del beneficio sottoponga la moglie, non all'intiero dei debiti, ma alla metà.

La moglie in principio è obbligata per la metà; il beneficio diminuisce la sua porzione; ma cessando questo è debitrice di essa metà, sorpassi pure la sua porzione di attivo; ma non è tenuta a dare dippiù (4).

III. — L'emolumento che nel caso del beneficio è la misura di ciò che la moglie deve contribuire, abbraccia quanto essa ha tolto dalla comunione o per la metà che le è venuta dopo la precapienza, o per an-

(1) Cass., 22 dic. 1829 (Sir., 30, 1. 51); Rig., 7 febb. 1848; Besanzone, 22 dic. 1855 (J. P., 1848, t. 1, pag. 692; 1856, t. 1, p. 485). *Sic* Rodière e Paolo Pont (t. 1-850). — Giudicato che gli eredi della moglie, che hanno accettato la comunione, sono in mancanza d'inventario obbligati a pagare i debiti anche se maggiori del loro emolumento. — Lione, 16 febb. 1854 (J. P., 1856, t. 1 p. 398).

(2) Toullier (III-250); Duranton (XIV-189); Zachariae (III, p. 596): Paolo Pont e Rodière (1 862); Troplong (III-1750, 1751).

(3) Rig., sulla conforme decisione di Douai, 21 marzo 1828; Battur (II, 803); Dalloz (X, p. 261, n. 9); Demante (Prog. III, 143).

(4) Decisione che annulla una sentenza dal tribunale della Senna, 1 ag. 1829. Rig., 21 dic. 1830 (Dev. 31, 1, 152).

leparte presa pria della metà, o per le somme che dovrebbe alla comunione e sarebbero state anticipate sulla sua porzione, ma non il danaro o gli oggetti prelevati per pagare le indennità dovutele dalla comunione, poichè questa sarebbe un'azione di ricupera di quel che le spetta, e non un vantaggio procuratole dalla comunione. Per istabilire il valore dei vari beni comuni che le son venuti, si stimano secondo il loro stato e valore nel giorno della divisione. La moglie infatti poteva da un lato liberarsi col pagar subito il valore dei beni, e per ciò deve ella sola profittare degli aumenti; d'altro lato e scambievolmente, i creditori della comunione, e il marito o i suoi rappresentanti, avevano il dritto di procedere; la diminuzione di valore che i beni han sofferto non deve entrare nel determinarsi il loro dritto. Se i creditori non si contentano dell'estimo dell'inventario, hanno il dritto di volerne altro.

Benchè il beneficio dell'inventario somigli a quello degli eredi in caso di successione, pure ne differisce non solo nella sua causa generatrice (quello dell'erede risulta da una dichiarazione alla cancelleria, e quello della moglie è di pieno dritto), ma anche nel suo effetto; il beneficio non vieta si confondino i beni comuni con quelli propri della moglie. Tutti questi beni, contando dalla divisione, fanno un solo patrimonio, e da ciò provengono le due conseguenze: 1° che la moglie può alienare, quando le piace e senza formalità, anco gl'immobili, e non per ciò decade dal suo beneficio, mentre l'erede nol può (art. 805, 806 (723 M, 724 M); 2.° che se è tenuta a seconda del suo emolumento, ella può sempre essere perseguita su tutti i beni, e non può liberarsi con abbandonare in natura gli oggetti tratti dalla comunione.

Vero che anche su quest'ultimo punto abbiamo in contrario Pothier (n. 774), la cui dottrina fu adottata da Bellot (II, pagina 522) ed esagerata da Duranton (numero 489). Egli insegna poter la moglie liberarsi sempre abbandonando le cose in natura; e Duranton si spinge a dire che essa il può non solo, ma lo deve, e che non potrebbe, ove i creditori si negassero, liberarsi pagando in danaro il valore di queste cose. — Ma, non ostante l'autorità di Pothier, dobbiamo confessare esser questo un grave errore ed una manifesta inconseguenza.... Nel caso di una successione, il beneficio dell'inventario ha per iscopo d'impedire la confusione dei beni del defunto con quelli dello erede (802) (719)-2°), in guisachè i creditori posson rivolgersi non contro l'erede, ma contro il patrimonio del defunto, nè avrebber più che pretendere se lor si dessero in pagamento i beni del patrimonio (802 (719)-1°). Qui invece, non ostante il beneficio, i beni comuni diventano proprietà della moglie e fanno con quelli di lei un sol patrimonio su cui essa è personalmente debitrice, in modochè (dice lo stesso Pothier) « *può agirsi contro i beni propri* della moglie, per quel che essa deve alla comunione; » il beneficio « *non le toglie di essere obbligata sui beni propri* » (numero 737).

Ma poichè il beneficio qui non consiste, rispetto alla moglie, nel non essere obbligata sui beni propri, ma nel dover la tal somma invece di altra maggiore, non può ella mettere i propri beni al coverto dalle azioni per la dovuta somma, abbandonando gli altri (1).

Se va errato Pothier, con più ragione dobbiam dire lo stesso di Duranton. Come potrebbero i creditori obbligar la moglie a lasciar loro i beni comuni in natura, mentre non potrebbero usar di tal diritto per i beni di una successione in faccia all'erede beneficiato? Forse che gli uni e gli altri possono ripetere altro che lo ammontare dei loro crediti? L'articolo 1483 (T), come osserva Duranton, vuol che la moglie renda conto di quel che le è pervenuto; ma *render conto di una cosa*, non importa *render la cosa* in natura. Certo i

(1) Toullier (XIII-247); Zachariae (III, p. 503); Odier (I-557); Paolo Pont e Rodière (I-85); Troplong (III, n. 1759).

creditori non sono obbligati di attenersi ad un estimo a cui non sono stati chiamati, e che può esser minore del valore reale; bensì han dritto di esigere un nuovo estimo a cui interverranno, ma non possono appropriarsi dei beni che per nulla loro appartengono.

2. Dritto di agire dei creditori.

I. — Quanto alla contribuzione, e tra due coniugi, la stessa proporzione si applica a tutti i debiti. Vero che su ciò (anche indipendentemente dalle particolari convenzioni che possano intervenire) vi son due regole diverse; ma si applica soltanto l'una delle due, in ogni specie, a tutto intiero il passivo: o la moglie non fa uso del beneficio dell'inventario, e allora i debiti li sopporta ognuno dei coniugi in metà; o ella ne fa uso, e tutti i debiti, senza alcuna distinzione, gravano sulla moglie fino alla concorrenza del suo emolumento, e sul marito pel dippiù. Ma non è lo stesso riguardo ai creditori; si possono ad essi applicare quattro diverse regole, che formano quattro classi di debiti:

1° Per alcuni debiti si può agire *in intero* contro il marito, poi contro la moglie, o per la sua metà, o in ragione del suo emolumento, secondochè vi sia o no beneficio d'inventario; 2° per altri si può agire contro il marito in metà soltanto, e contro la moglie per l'intero; 3° per altri si può agire per l'intiero contro il marito, per metà contro la moglie, siavi o no beneficio d'inventario; 4° finalmente per alcuni si può agire per l'intiero contro il marito e contro la moglie. Ciò spiegheremo nei cinque articoli seguenti.

1484 (T). — Il marito è tenuto interamente a' debiti della comunione ch'egli ha contratti, salvo il regresso per la metà contro la moglie o gli eredi di lei.

I. — Non solo per i debiti di comunione *contratti* dal marito si può agire dopo lo scioglimento contro di lui per l'intiero; ma anche per quelli che derivano dai suoi quasi-contratti, delitti o quasi-delitti: il Codice colle parole « debiti di comunione contratti dal marito » intende tutti i debiti entrati nella comunione in nome del marito, in opposizione ai « debiti personali della moglie », secondo l'articolo 1485 (T), cioè « entrati nella comunione in nome della moglie », secondo l'art. 1486 (T).

Il marito, secondo chiaramente dice Pothier nel capitolo che è ristretto nei due articoli del nostro paragrafo, può costringersi a pagare tutti i suoi debiti anteriori al matrimonio, poichè egli non può perder la sua qualità di debitore personale in faccia ai creditori, nè per la comunione contratta, nè per lo scioglimento di essa.

Non così per i debiti che gravano le successioni a lui pervenute durante il matrimonio, anche per quelle le cui attività, puramente mobiliari, sono state assorbite dalla comunione, poichè il marito, accettando, è divenuto debitore personale dei creditori delle successioni. Ciò ha pur luogo per i debiti da lui contratti durante il matrimonio, sia nel suo interesse personale sia nell'interesse della comunione, poichè il marito non obbliga mai la sua comunione senza obbligar sè stesso personalmente. Ciò in fine ha luogo per i debiti che risultano dai suoi delitti o quasi-delitti, poichè per questi egli con più ragione è personalmente obbligato.

Il marito adunque deve rispondere di tutti i debiti della comunione provenienti da lui, salvo il regresso contro la moglie, sia per metà, sia in ragione del di lei emolumento, secondo che essa usi o pur no del beneficio dell'inventario.

1485 (T). — Non è tenuto se non per la metà a' debiti particolari della moglie,

che sien caduti a carico della comunione.

1486 (T). — La moglie può esser convenuta per la totalità de' debiti contratti in suo nome, ed entrati nella comunione, salvo il regresso contro il marito o i di lui eredi, per la metà de' predetti debiti.

SOMMARIO

I. Ciascun coniuge può esser perseguito per tutti i suoi debiti (salvo il regresso) e per la metà di quelli dell'altro coniuge (salvo il beneficio della moglie).

II. Dispareri ed errori degl'interpetri, specialmente di Toullier, Paolo Pont e Troplong in tutta questa materia.

I. — Così come i debiti comuni provenienti dal marito possono ripetersi per lo intero contro di lui, per le ragioni stesse quei che provengono dalla moglie possono ripetersi per l'intero contro di lei, salvo il suo regresso contro il marito o per la metà, se non vi è beneficio d'inventario, o pel soprappiù del suo emolumento nel caso contrario.

E mentre che la moglie deve rispondere qui per l'intero, il marito per gli stessi debiti deve in metà; perchè i debiti non essendo provenienti da lui, ma dalla moglie, non è stato mai obbligato come personale debitore, bensì per la comunione che esiste tra lui e quella: finita la comunione e restando a lui la metà dell'attivo comune, è solo obbligato in metà pei debiti: ciò dice l'artic. 1485 (T) seguendo la dottrina di Pothier. E poichè il marito indipendentemente da ogni obbligazione propria, e per la sua qualità di vivente in comunione, è tenuto verso i creditori per la metà dei debiti che provengono dalla moglie, per l'intero dei quali può agirsi contro di lei, questa è tenuta per la medesima ragione della metà dei debiti del marito, per l'intiero dei quali può agirsi contro di lei. Tra i debiti entrati nella comunione per parte della moglie, trovansi certo quelli fatti da lei durante il matrimonio, o con autorizzazione del marito (art. 1426 (1397)), o colla giudiziale nei casi indicati dall'art. 1427 (1398). Questi debiti dunque, pari a quelli da essa contratti pria del matrimonio o che proverrebbero da successioni a lei pervenute, possono ripetersi per l'intiero contro la moglie, e per metà contro il marito, secondo i nostri due articoli, non già per l'intiero contro il marito, e per metà contro la moglie.

II. — Tali idee, benchè sì naturali, han sofferto controversia. Or mostreremo le principali inesattezze degli interpetri su tal punto.

Gli uni non facendo caso delle spiegazioni di Pothier. di cui i nostri testi sono il sunto, stabiliscono come fondamentale principio una idea affatto contraria a quella del Codice. Zachariae (III, pagina 498) comincia dal dire, che « il marito non ostante l'accettazione e la divisione della comunione, resta obbligato verso i creditori allo *intiero pagamento di tutti i debiti di cui era gravata la comunione*, e che su ciò non vi è a distinguere *tra i debiti contratti dal marito e quei dalla moglie* »... È questo un fare a meno del testo sì chiaro dei tre articoli 1484-1486 (TT), il primo dei quali ammette si possa agire per l'intiero contro il marito pei debiti *da lui contratti*, mentre secondo gli altri due si può agire per metà soltanto contro di lui, per l'intiero contro la moglie pei debiti entrati *nella comunione da parte di lei*. E la volontà del legislatore è tanto men dubbia, quanto da una parte i testi sono la riproduzione delle idee sviluppate da Pothier (numeri 727-733), e dall'altra avendo il Tribunato chiesto che fossero modificati in modo da rendere il senso che loro dà Zachariae, la sua domanda fu respinta dal consiglio di Stato (Fenet XIII, pagina 614).

Molti scrittori, e specialmente Duranton (XIII, 493) e Rodière e Paolo Pont (I 855),

non respingendo i nostri articoli, ma riconoscendo in principio la grande divisione del Codice in debiti del marito e in debiti della moglie, insegnano che quelli contratti da questa con autorizzazione del marito o del magistrato, nei casi indicati dall'artic. 1427 (1398), debbano riguardarsi per rispetto ai creditori come contratti dal marito, e rientrare nell'articolo 1484 (T); così l'articolo 1486 (T) abbraccerebbe, fra i debiti della moglie, anche quelli da essa contratti pria del matrimonio o dipendenti da successioni o donazioni a lei pervenute. Ma tale idea, non contraria alla legge per la forma, è identica in fondo e si confuta nel modo istesso. Il Tribunato infatti avea chiesto che si sostituisse alla formola generale dell'art. 1486 (T) *di debiti contratti in nome della moglie*, quella restrittiva di *debiti contratti pria del matrimonio*, provenienti da *successioni o donazioni*; ma il consiglio di Stato respinse la domanda. Pothier dal suo lato spiegava che il procedimento contro la moglie per l'intiero, e solo per la metà contro il marito, s'applica a tutti i debiti non contratti *da lui stesso* (numero 730), a tutti i debiti « che derivano dalla moglie, cioè a quelli che essa ha contratto avanti *o dopo il matrimonio* (731) » (1). Duvergier (sopra Toullier XIII, 241 nota *a*) trova dubbio che la moglie che ha pagato l'intiero dei debiti venuti dalla comunione per parte sua, possa col beneficio dello inventario ricorrere contro il marito per quelli che sorpassino il suo emolumento, in conseguenza per più di metà, perchè, dice egli, l'artic. 1486 (T) le accorda il regresso *per la metà dei debiti suddetti*. Ciò vale trovar difficoltà dove non ve ne sono. Il nostro art. 1486 (T) per la moglie, e l'art. 1484 (T) pel marito, e l'art. 1489 (T) per entrambi fan menzione del regresso per metà; ma chi non comprende che qui la legge parla, come sempre *de eo quod plerumque fit*? Una comunione che ha più debiti che beni, sarà ben di raro accettata dalla moglie. Il beneficio d'inventario, ove si accetti una comunione insolvibile, sarà caso raro; quindi il legislatore ben a ragione non ha curato di applicarlo ad ogni caso particolare che egli rassegna. L'obbiezione ben si comprenderebbe, se il solo nostro articolo parlasse del regresso per metà, e gli altri determinassero l'effetto del beneficio d'inventario: si domanderebbe allora, se non vi sia in tal caso alcun che di particolare che trae una eccezione al principio; ma quando la legge usa *dovunque* lo stesso linguaggio, l'obbiezione non più si comprende, perchè essa farebbe dire che il beneficio dell'inventario di cui la legge stabilisce il principio, non sarà applicato in *nessuna parte*. *Tutte le volte* dunque (come dice l'articolo 1490, § 2 (T)), che uno dei condividenti, poco importa chi, esercita il suo regresso contro l'altro che ha *pagato molto*, il regresso si fa *appunto per questo* cioè (supponendo un debito pagato per intero) in metà nei casi ordinarî, ma nel nostro particolare per meno di metà (se il regresso è del marito) o per più (se della moglie).

Si discusse anche dagli scrittori se in caso di debiti provenienti dalla moglie, potrebbe il creditore, se i beni di questa fossero insufficienti a pagarne una metà, costringere il marito a dare oltre la metà che ei deve, il compimento di quella che la moglie non può pagare (2).

Or la quistione in apparenza tanto difficile non può far sorgere alcun dubbio a chi ben riguarda le vere ragioni di decidere; e la difficoltà non nasce qui dalla materia, bensì dalle non buone spiegazioni; Toullier dava all'affermativa soluzione (che è esatta) un motivo falso; rigettato questo, si rigettò del pari la decisione, la quale dovea mantenersi per altro motivo.

Egli infatti porge per unica ragione (e gli altri scrittori che presentano la stessa dottrina non ne dànno alcuna) che se l'ar-

(1) *Vedi* Rig., 23 luglio 1831; Dev., 51, 733.

(2) *Aff.* Pothier (n. 730); Toullier (XIII, 241); Bugnet (sopra Pothier, VII, p. 369); Glandaz (numero 372); *Neg.* Battur (II, 799); Zachariae (III, p. 499); Odier (I, 539); Paolo Pont e Rodière (I, 837); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Troplong (III, 1782).

ticolo 1485 (T) dichiara il marito obbligato in metà, deve esso armonizzare con l'articolo 1483 (T), che nel permettere (secondo lui) alla moglie di *rispondere al procedimento del creditore a seconda del suo emolumento*, autorizza con ciò quello a perseguire il marito per tutto il dippiù di tale emolumento, in forma che l'art. 1485 (T), parlando di metà, si riferisce ai casi ordinari e non al particolare del beneficio di inventario. Tal logica è falsa, dappoichè il beneficio di agire a seconda l'emolumento spetta alla moglie pei debiti a cui è obbligata nella sua sola qualità di vivente in comunione, e di cui i creditori non potrebbero, fuori il beneficio dell'inventario, chiederle che la metà, nel mentre qui trattasi di debiti personali alla moglie, e pei quali il creditore può agire per l' intiero (art. 1486 (T)). — Zachariae, Paolo Pont ed altri scrittori da noi citati nella nota, han ben risposto (eccettuato Troplong che tratta la quistione in modo assai laconico). Ma dovrebbe dirsi falsa la soluzione data da Pothier, perchè è falsissima la ragione immaginata da Toullier per ispiegarla? No certo; chè anzi essa è esattissima. Prendiamo, come Toullier, l'ipotesi d'un debito di 20,000 fr. che forma tutto il passivo della comunione, il cui attivo è di 12,000 fr., in modo che la moglie ne abbia ricevuto 6,000, senza nulla posseder di proprio. Se il creditore, il quale può ripeter l'intero dalla moglie, conoscendo la di lei posizione abbia cominciato dal ripetere i 10,000 fr. dovuti dal marito per la sua metà, e poi domandi dalla moglie gli altri 10 mila; questa non può, come vuole Toullier, invocar contro il creditore il beneficio dell'inventario, per sostenere che si possa ammetter l'azione fino alla concorrenza di 6 mila fr., ma se nol può invocar *contro il creditore*, lo potrà *contro il marito*, poichè tal beneficio che si può opporre al creditore soltanto pei debiti che non si devono personalmente dalla moglie, può opporsi al marito per tutti i debiti della comunione, senza distinguere: essa dunque può invocare il suo beneficio contro il marito, e richieder che la liberi dai procedimenti, pagando i 4,000 fr. che eccedono il suo emolumento. Or poichè la moglie ha un tal diritto, il suo creditore può dunque esercitarlo secondo l'art. 1166 (1119)?.. Niente più semplice di questo; poichè se il creditore, giusta l'articolo 1485 (T), non può ripeter dal marito più della metà, agendo personalmente e *proprio jure*; secondo l'art. 1166 (1119) agendo *jure debitoris*, ed in nome della moglie, egli può domandar tutta la differenza fra la metà e l'emolumento della moglie, come lo potrebbe ella stessa... Come comprendere infatti che un marito possa trovare nell'insolventezza della moglie il vantaggio di non pagar quel che doveva se la moglie fosse stata più ricca?... In breve bisogna riconoscere che l' articolo 1485 (T) non può soffrire eccezione; ma bisogna parimente ritenere che esso non deroga al principio dell' articolo 1166 (1119); e non sappiam comprendere come nè Paolo Pont, nè Odier, nè Troplong abbiano ciò compreso.

Oltre la distinzione fatta dalla legge fra i debiti entrati nella comunione per conto del marito e quelli entrativi per conto della moglie, bisognerebbe, secondo alcuni, suddistinguere i debiti comuni *diffinitivamente* ed i comuni *accidentalmente*. I debiti diffinitivamente comuni sarebbero quelli per i quali il creditore ha fatto assegnamento sulla comunione o che hanno profittato a questa, e quelli pei quali si potrebbe agire, conforme ai nostri articoli, per l' intiero contro il coniuge da cui provengono, contro l'altro in metà (o a seconda del suo emolumento se è la moglie); gli altri debiti comuni lo sarebbero finchè dura la comunione, e non più per rispetto al creditore, sciolta che ella è; il procedimento sarebbe contro il coniuge da cui provengono, e nulla potrebbe chiedersi dal suo coniuge. Fra questi debiti sono quelli fatti dall'uno o dall'altro coniuge pria del matrimonio, e soprattutto se sono relativi agli immobili propri, quelli dipendenti da successioni o donazioni immobiliari devolute

al marito e quelli che derivano da un delitto di costui (1).

Tal sistema, di cui non si trova parola nè nei testi, nè nei lavori preparatori, nè nelle spiegazioni di Pothier, è proprio divinatorio. Possono presentarsi sotto il lato legislativo argomenti più o men gravi (che non crediamo concludenti), ma *secondo il dritto* e dovendosi indagare cosa sia la legge e non quello che potrebbe essere, un tal sistema non può sostenersi. Tutti i debiti entrati nella comunione sono pei nostri articoli comuni nello stesso grado, e per tutti si può procedere contro il coniuge da cui provengono per lo intiero, contro l'altro in metà. In tal modo l'articolo 1485 (T) che usa la qualificazione la più ristrettiva, debiti *personali alla moglie*, vuole che per essi, appena entrati nella comunione, si possa agire in metà contro il marito. Gli è così che Pothier dice pagabili dal marito in metà tutti i debiti fatti dalla moglie pria del matrimonio (n. 730), e da pagarsi dalla moglie per metà o secondo il suo emolumento tutti quei contratti dal marito pria del matrimonio (numeri 727, 730).

Porrem fine con una osservazione relativa ad altra distinzione, la quale se non costituisce un errore, è pur inutile e nociva. Demante (III, 142); Mourlon (p. 10 71); Zachariae (III, p. 505); Paolo Pont e Rodière (I, 860) nel dire che ogni coniuge debba contribuire in metà ai debiti comuni, e che quegli che ha pagato l'intiero ha il regresso contro il coniuge, ci insegnano che tal regola benchè formolata in modo assoluto dagli art. 1482, 1484, 1486, 1489, 1490, § 2° (TTTTT) ha pure una *eccezione*. Bisogna, essi dicono, distinguere se il debito era entrato nella comunione con o senza peso di compenso: nel primo caso ha luogo il regresso; ma nel secondo vi ha eccezione agli articoli citati, ed il coniuge debitore che paga lo intiero, non ha nulla a pretendere dal suo coniuge. Tali idee, benchè vere in fondo, son false per la forma che si dà loro, nè qui posson fare altro che intrigare la nostra materia. Senza fallo, se da parte del coniuge un debito di 10,000 fr. era entrato nella comunione col peso di compenso, il marito, per esempio, che paga dopo lo scioglimento e la divisione tal somma ai creditori, non può chiedere alla moglie 5,000 fr. che ella deve contribuire nel debito (dovendole egli 5,000 fr. che sono la parte di lei nel compenso dovuto alla comunione). Ma è questa una derogazione alla suddetta regola? No; delle due cose l'una: o si ammette che nella divisione dell'attivo il marito ha conferito fittiziamente i 10,000 fr. dovuti per compenso, con l'obbligo impostogli di prendere per se il debito della comunione; ed allora il debito non facendo più parte del passivo della comunione, è inutile il parlarne nel regolare la contribuzione dei coniugi al passivo. O si dirà che il debito si è lasciato dai coniugi nel passivo comune, rimanendo sempre il marito debitore del compenso, e allora questi col soddisfare il debito, diventa creditore contro la moglie di 5,000 fr.; ma essendo anteriormente debitore dell'ugual somma per la metà del compenso dovuto, il di lui credito trovasi pagato, ed il regresso soddisfatto col compenso; così vi è sempre contribuzione in metà. Era vano dunque l'intrigare la nostra materia con la distinzione di debiti da compenso e quelli senza, per notare una pretesa eccezione ad un principio che non ne soffre. Nelle spiegazioni di Pothier non se ne fa parola.

1487 (T). — La moglie ancorchè obbligata personalmente per un debito della co-

(1) Questo sistema non è stato abbracciato nè dagli scrittori, nè dalle decisioni (eccettone del solo Glandaz che lo segue nel num. 361); pure ha esso un posto importante nell'insegnamento. Ciò vedesi in tutti i libri scritti esclusivamente per le scuole. Demante (III, *Quist.* nel n. 142), Mazerat (III, p. 35, 36); Boileux (III, p. 109); Mourlon (p. 73, 74); quest'ultimo fa l'analisi perfetta degli argomenti pro e contra tal quistione, tratti tutti dal lato *legislativo* non dal lato giuridico, sotto il quale non è quistione.

munione, non può esser convenuta se non per la metà di tal debito, purchè l'obbligazione non sia solidale.

I.—Se la moglie si è obbligata congiuntamente col marito, soggettandosi personalmente al debito ad un tempo che lui, questi, difformemente da ciò che d'ordinario ha luogo nelle obbligazioni congiunte (in cui ciascuno deve la sua parte), resta obbligato per l'intero, non ammettendosi che le parti abbian fatto intervenire la moglie per menomare l'obbligazione del marito, ma anzi per accrescer le garanzie del creditore (Pothier, n. 729).

La moglie però sta sotto i principî ordinarî dell'obbligazione contratta congiuntamente, e potrebbe risponder solo della sua metà; ma siccome qui essa non è obbligata semplicemente in conseguenza dell'obbligazione del marito e della sua qualità di vivente in comunione, ma anche personalmente, in modochè sarebbe sempre obbligata, quand'anche rinunziasse, in tal caso per essa non potrebbe applicarsi il beneficio dello inventario, il quale ha luogo per i debiti a cui essa è tenuta accettando la comunione. Essa dunque deve risponder di metà, fosse anche minore il suo emolumento nella comunione.

Se i coniugi, anzichè obbligarsi congiuntamente, si sieno obbligati in solido, ciascun d'essi risponderà per l'intiero.

Così per presentare un quadro completo del dritto dei creditori per i debiti comuni, e del regresso del coniuge che ha pagato più della sua parte, diciamo:

1° I debiti della comunione che provengono dal marito si ripetono contro il marito per l'intero, contro la moglie per metà o in ragione del suo emolumento, salvo il regresso del marito, sia per meno di metà, e in ragion dell'emolumento (art. 1484 (T));

2° Quelli che provengono dalla moglie si ripetono contro il marito per metà, contro la moglie per l'intero, salvo il regresso di questa, sia per metà, sia per il dippiù della metà che eccede il suo emolumento (art. 1485, 1486 (TT));

3° Quelli contratti congiuntamente dai due coniugi si ripetono contro il marito per l'intero, per metà contro la moglie, senza distinguere, salvo il regresso, sia del marito contro la moglie, per metà o per meno in ragion dell'emolumento, sia di questa contro quello, per la differenza tra il suo emolumento e la metà (articolo 1487 (T));

4° Infine, i debiti contratti in solido ed anche quelli che, dovendosi da uno dei coniugi per intero, gravano ipotecariamente un immobile toccato nella porzione dello altro, si ripetono contro ciascuno per lo intero, salvo il regresso, sia del marito per metà o meno in ragion dell'emolumento della moglie, sia di questa per metà o più per il sopravvanzo del suo emolumento (*ibid.* ed art. 1489 (T)).

1488 (T). — La moglie che ha pagato un debito della comunione oltre la sua metà, non può ripetere il soprappiù dal creditore, purchè la quietanza non esprima che ciò che ha pagato era per la sua metà.

I.—Se la moglie la quale deve metà di un debito della comunione ha pagato dippiù al creditore, avuto riguardo alla sua posizione, si presume averlo fatto scientemente per liberare il marito e sè stessa, nè potrebbe essa quindi in modo alcuno rivolgersi contro il creditore. Non così se si dica nella quitanza pagarsi la somma *per la metà* dovuta dalla moglie, poichè allora si pruova materialmente l'errore di calcolo.

Del resto, quantunque il Codice seguendo Pothier parli qui solo della moglie, la regola si applicherà con più ragione a quella che dovendo una parte proporzionale al suo emolumento, ha pagato dippiù.

N. B. — *Gli articoli* 1489, 1490 (TT), *sono stati spiegati più sopra cogli articoli* 1482, 1483 (TT).

3. Osservazione generale.

1491 (T). — Tutto ciò ch'è stato dichiarato superiormente riguardo al marito ed alla moglie, ha luogo pure riguardo agli eredi dell'uno o dell'altra, e questi eredi esercitano gli stessi diritti, e sono sottoposti alle stesse azioni cui erano soggetti i coniugi che rappresentano.

SEZIONE VI.

DELLA RINUNZIA DELLA COMUNIONE E DE' SUOI EFFETTI.

Quantunque questa sezione porti per titolo *della Rinunzia e dei suoi effetti*, indicando con ciò due oggetti, essa ne contiene un solo. Il Codice trattò più sopra, nella sezione IV (art. 1453 (1448) e seg.) *della rinunzia e delle condizioni che le son relative*; e qui parla solo *degli effetti* di essa rinunzia.

1492 (T). — La moglie che rinuncia, perde qualunque sorta di ragione sopra i beni della comunione, come pure sopra gli effetti mobiliari che sono in essa pervenuti per sua parte. Essa ricupera soltanto la biancheria e quanto è necessario per il suo ordinario abbigliamento.

I. — La moglie rinunziando perde qualunque dritto sopra i beni comuni. Essa *perde* questo diritto, poichè l'aveva; essa era in comunione e comproprietaria dei beni, e rinunziando non lo è più. Altrove abbiamo confutato (specialmente, artic. 1399 (1353 M)-V), la contraria dottrina di Toullier, il quale nega che esista la comunione durante il matrimonio, facendola cominciare appunto quando finisce.

Sebbene la moglie che rinunzia perde ogni dritto sui beni della comunione, a cui diventa estranea, sieno essi stati arrecati da lei o provengano dal marito o siano stati acquistati durante la società, ragione di umanità e di pubblico decoro ha voluto che ella ciò non ostante seco recasse la biancheria e quanto è necessario per il suo abbigliamento: *non debet enim abire nuda*. Ma ella dovrà prendere le sole biancherie e tutto ciò che serve a lei personalmente, non già le catene, i diamanti ed altre galanterie, nè ricchi merletti, nè la biancheria da letto e da tavola. Un tempo ella in generale poteva prender solo una vesta ed altre piccole cose per vestirsi pienamente, ma secondo alcune Consuetudini non doveva essere il migliore nè il peggiore abbigliamento; secondo altre poteva essere il più bello; altre più benigne consentivano che essa prendesse una delle migliori vesti ed una mezzana, sì per l'inverno che per l'estate, quattro vesti in tutto (Pothier, n. 569). Da coteste antiche regole ben si spiega il nostro articolo. Il Codice, più largo delle Consuetudini, consente che la moglie si prenda tutte le vesti e la biancheria di suo uso personale, ma non più che tanto.

Del resto cotal dritto è della moglie che rinunzia, tanto se la comunione si scioglie colla separazione di persona o di beni, quanto se con la morte del marito: in ambi i casi *non debet abire nuda*.

1493 (T). — La moglie che rinuncia, ha diritto di ricuperare:

1° Gl'immobili ad essa spettanti, se esistono in natura, o l'immobile acquistato in suo luogo;

2° Il prezzo dei suoi immobili alienati,

i cui non è stato fatto ed accettato il rinvestimento, come è stato dichiarato di sopra;

3° Tutte le indennizzazioni che le possono essere dovute dalla comunione.

I. — La moglie rinunziando perde ogni ritto sopra i beni comuni; bensì conserva beni e i crediti che le son propri, e non fan parte della comunione. Pertanto ella, ove rinunzi, reca con sè ciò che preleverebbe dalla massa, accettando giusta lo articolo 1470 (T), cioè gli oggetti delle due prime classi indicate dal testo, i suoi immobili propri) che esistono in natura, ed il prezzo non divenuto comune degli immobili propri alienati.

Non così se ella abbia crediti contro la comunione; nel caso dell'accettazione la moglie non è più una comproprietaria che consercita i suoi dritti sopra una massa da dividersi fra lei e il marito; per la sua rinunzia non vi è più comunione, nè condividenti, ma da una mano un marito esclusivo proprietario di beni già comuni, e dall'altra una moglie semplice creditrice non della comunione (che più non esiste) ma del marito; quindi la moglie non potrà soddisfarsi appropriandosi i beni in natura, nè i suoi crediti produrranno interessi di pieno dritto (art. 1432 e 1479 (1403, T) Non può dunque ammettersi la contraria dottrina di Zachariae che per altro si contraddice egli stesso spiegando l'art. 1514 (T) (III, p. 355 num. 13 e p. 547 numero 10); il luogo degli articoli 1460, 1473 (TT) e il loro contesto, e massime il determinarsi qui cogli articoli 1493, 1495 (TT) per la moglie che rinunzia, le ricupere regolate da altri articoli per la moglie che accetta, tutte queste cose condannano apertamente ciò che dice Zachariae, di comprendersi negli articoli 1470, 1473 (TT) anche il caso della rinunzia.

Quindi se la moglie riceve in tal caso immobili in pagamento, vi sarà trasferimento di proprietà dal marito alla moglie per cui si dà luogo al dritto di mutazione (1).

1494 (T). — La moglie, rinunciando, è libera da qualunque contribuzione per i debiti della comunione, tanto a riguardo del marito, quanto dei creditori. Nondimeno essa è tenuta verso di essi, quando siasi obbligata unitamente al marito, quando il debito caduto a carico della comunione, fosse in origine a lei particolare, e tutto ciò salvo il regresso contro il marito o di lui eredi.

I. — La moglie, rimanendo estranea per la sua rinunzia alla comunione, non è più in faccia al marito obbligata di contribuire ai debiti che sono a peso della comunione; dovendo solo il marito sostenere il passivo siccome solo prende l'attivo. Ma in faccia ai creditori bisogna distinguere (come nella precedente sezione pel beneficio dell'inventario) tra i debiti pei quali può agirsi dalla moglie come debitrice personale, e quelli pei quali potrebbe agirsi contro di lei come vivente in comunione: per questi non può darsi luogo ad azione, poichè la moglie non è in comunione; pei primi, cioè per quelli entrati nella comunione in nome di lei o pei quali essa si è personalmente obbligata (art. 1486, 1487 (TT)), si può agire sempre contro di lei, salvo regresso contro il marito per lo intiero.

1495 (T). — Essa può valersi di tutte le azioni e diritti di ricupera superiormente specificati, tanto sopra i beni della comunione, che sopra i beni particolari del marito.

Lo stesso possono fare i suoi eredi, ad eccezione di ciò che concerne la previa ricupera della biancheria e di quanto è necessario all'ordinario abbigliamento della moglie, come pure di ciò che risguarda la

(1) Ricard (Parigi, art. 5); Duplessis (*Cessione*, lib. 1, sez. 1); Pothier (*Fiefs*, parte 1, § 3); Nancy, 20 maggio 1828; Cass., 22 nov. 1837; Cass., 28 agosto 1838 (Dev., 38, 1, 145 e 80).

abitazione e mantenimento durante il termine accordato per fare l'inventario o per deliberare; i quali diritti sono meramente personali alla moglie superstite.

I.—La moglie può agire indistintamente e sui beni del marito che erano a lui propri durante la comunione, e su quelli comuni, perchè oramai tutti appartengono al marito. Nel caso di rinunzia, come di accettazione, gli eredi della moglie hanno i medesimi dritti di lei, eccettuatine i due beneficî indicati dagli articoli 1492 e 1465 (TT) riserbati rigorosamente alla sola moglie. Ma vi ha questa differenza fra i due beneficî, che gli eredi non possono profittare di quello che riguarda l'abitazione e gli alimenti durante il termine conceduto per far l'inventario e deliberare, e possono alle volte profittare dell'altro relativo alla biancheria ed altre robe; il che ha luogo morendo la moglie dopo fattone lo esperimento. Se la moglie pria di morire ha non solo rinunziato, ma ripresi i mobili a cui le dava dritto la rinunzia, questi divenuti proprietà sua fan parte della sua eredità, e trasmettonsi agli eredi, tanto se muore la domani di quando li ritolse, che se muore più in là. Ma se in quel mezzo morisse, gli eredi non potrebbero pretenderli, secondo noi, benchè altri si sia attenuto a contraria sentenza. Lo spirito della legge ed il testo vi si oppongono. Certo che la moglie trasmette ai suoi eredi la proprietà degli oggetti prelevati e rimessi da lei nel suo patrimonio; ma non può trasmetter loro il dritto di prelevare, che secondo il nostro articolo è a lei personale. Infatti si accorda alla moglie il dritto, o piuttosto il favore, di togliere oggetti appartenuti in principio al marito, perchè *non debet abire nuda*: come adunque entrerebbe il beneficio quando essa muore *priusquam abeat?*

Se l'espressione di moglie *sopravvivente* usata dal nostro articolo, è esatta pel beneficio dell'articolo 1465 (T) riguardante la vedova, non lo è per l'articolo 1492 (T) che riguarda ogni moglie che rinunzia, sopravviva o no.

DISPOSIZIONE

RELATIVA ALLA COMUNIONE LEGALE, QUANDO UNO DEI CONIUGI O ENTRAMBI HAN FIGLI DI PRECEDENTI MATRIMONII.

1496 (T).—Quanto è stato superiormente stabilito dovrà osservarsi anche nel caso in cui uno de' coniugi od ambedue avranno figli di precedente matrimonio.

Se però la confusione *del mobiliare* e dei debiti producesse, a favore d'uno dei coniugi, un vantaggio superiore a quello che resta autorizzato dall'art. 1098 (1052 M) al titolo *delle Donazioni tra vivi e dei Testamenti,* i figli del primo matrimonio dell'altro coniuge potranno agire per la riduzione.

SOMMARIO

I. I vantaggi che un coniuge procura all' altro adottando la comunione, si reputano liberalità e si debbono ridurre alla quota disponibile, quando egli lasci figli di precedente matrimonio.

II. Non importa se i coniugi abbiano o pur no fatto un contratto; nè se i vantaggi provengano da beni di eredità pervenute durante il matrimonio: errore di Toullier. Ma non si tien ragione dei beneficî fatti sulle industrie o le rendite dei coniugi.

III. Si potrà dar luogo a riduzione solo alla morte del coniuge, e sull'istanza dei figli che agiscono quali eredi. La riduzione avvantaggia pure i figli nati dal matrimonio; ma essi, e molto meno il coniuge, non la possono far dichiarare.

I.—Adottandosi la comunione legale, uno dei coniugi può avere in danno dell'altro

rilevoli vantaggi. Poniamo che i loro averi ammontino a circa 80,000 fr,. ma che i beni dell'uno siano tutti immobiliari, mentre quelli dell'altro si compongono di capitali o di rendite, cioè di valori puramente mobiliari. Questo secondo patrimonio entrando solo e per intero nella comunione, la metà sarà acquistata dal primo coniuge, cioè 40,000 fr. in detrimento del secondo; i due coniugi adunque invece di avere 80,000 fr. per ciascuno, come in pria, avranno, dopo il matrimonio, l'uno 40, l'altro 120 mila fr. E sarebbe maggiore lo arricchirsi dell'uno con impoverirsi dell'altro, se il primo avesse debiti mobiliari.

Se invece di 80,000 fr. di beni senza debiti, ve ne siano 110,000 con 30,000 fr. di debiti mobiliari, componendosi allora la comunione degli 80,000 fr. d'attivo dell'uno e dei 30,000 fr. di passivo dell'altro (ciò che la riduce ad un attivo netto di 40,000), il primo coniuge invece di aver come pria 80,000 fr. di netto, avrà da un lato i suoi 110,000 fr. d'immobili, e la sua metà di 25,000 nella comunione; in tutto 135,000 fr., nel mentre il secondo vedrà ridotto il suo avere a 25 mila. Uno dei coniugi adunque ha arricchito l'altro di 55,000 fr.

Vedendo possibili tali risultati, era incerto se si dovessero tenere questi vantaggi quali liberalità da ridursi alla quota disponibile, ed attaccabili per il dippiù dagli eredi riserbatari o quali convenzioni tra soci che abbiano il carattere di atti onerosi; e si è risoluta la quistione con una distinzione. La convenzione è riguardata come atto a titolo oneroso come una delle clausole dell'associazione e che non costituisce donazione. Tal regola si applica, non solo quando gli eredi legittimari del coniuge che ha procurato il vantaggio sono ascendenti, ma anche se figli nati dal matrimonio, dappoichè se la qualità di legittimari è degna del maggior favore, i figli comuni ai due coniugi trovano nel patrimonio dell'uno, a cui son pure chiamati, quel che perdono nell'eredità dell'altro. Ma quando il coniuge che ha procurato il vantaggio lascia figli di un primo matrimonio, siccome questi non han dritto alcuno all'eredità del coniuge avvantaggiato, e la legge vede di mal'occhio il secondo matrimonio di un individuo che ha figli, si permette dal nostro articolo ai figli del primo matrimonio di riguardare come donazione la convenzione, espressa o tacita, d'onde risulta il vantaggio, e ridurre questo, se occorra, alla quota disponibile stabilita nel titolo *delle Donazioni*, in modo che il vantaggio non sorpasssi nè da un lato il quarto dei beni lasciati dal coniuge, nè dall'altro la parte uguale a quella del figlio che prende il meno (art. 1098, n. II (1052 M)).

II.—Il vantaggio può esser ridotto tanto se la convenzione matrimoniale da cui proviene è *tacita*, che se espressa. Quando la comunione legale risulta tacitamente dal fatto che i coniugi si siano maritati senza contratto, si hanno le stesse conseguenze, e si dà luogo alla riduzione come quando risulta da un contratto in cui i coniugi abbracciano la comunione. Certo che il vantaggio deve esser ridotto, sì quando deriva da eredità pervenute durante il matrimonio, che se conseguenza della fusione dei beni e debiti esistenti il giorno del matrimonio. Ciò è evidente in faccia allo spirito della legge, poichè i figli sarebbero lesi in un caso, come nell'altro; in faccia al testo, perchè il nostro articolo ammette l'azione di riduzione, quando la confusione del mobile e dei debiti reca un vantaggio maggiore a quello indicato dall'art. 1098 (1052 M). A ragione adunque la contraria dottrina di Toullier è respinta dagli scrittori e particolarmente dal suo chiosatore Duvergier (1).

Del resto per determinare se vi sia o no vantaggio eccessivo, non si deve tener ragione de'beneficî che risultano dall'industria dei coniugi e dalle economie fatte sulle loro rendite; soltanto i capitali debbonsi considerare. Ciò è stato sempre costante nello antico dritto (2), ed il Codice lo esprime formalmente nello articolo 1527 (T) ripro-

(1) Toullier (III-290); Odier (I 592); Paolo Pont e Rodière (II-358); Duvergier (*sopra Toullier*).

(2) Ricard (3ª parte, cap. 9, gl. 2, n. 1211); Pothier (n. 552).

ducendo per la comunione convenzionale la regola del nostro articolo per la comunione legale.

III. — I vantaggi che oltrepassano la misura stabilita dell'art. 1098 (1052 M) non sono, per il dippiù, nulli di pieno dritto; possono bensì esser ridotti alla morte del coniuge che li ha procurati, sulla domanda dei figli di un precedente matrimonio, che agiscono quali eredi legittimari. Da ciò segue, da un canto, che nel caso di uno scioglimento di comunione per separazione di persona o di beni, non potrebbe domandarsi la riduzione per il presente; il dritto resterebbe sospeso per esercitarsi, se bisogna, all'apertura dell'eredità del coniuge: diciamo *se bisogna*, essendo possibile che alla morte del coniuge i figli di un primo matrimonio fossero anche morti, ed allora non si farebbe la riduzione. Dall'altro lato, se i figli rinunciano alla eredità del loro autore, o sieno dichiarati indegni, la riduzione non potrebbe più domandarsi.

Ma benchè la porzione dei beni, che oltrepassa la quota disponibile, possa chiedersi non dai figli del matrimonio, ma da quelli del precedente, questi, effettuandosi la riduzione e rientrati i beni nel patrimonio del defunto, avrebbero il dritto di prendere la loro porzione, sì perchè i beni fan parte della eredità, e perchè questa devesi dividere ugualmente tra tutti i figli del defunto.

Il nostro articolo non vuole derogare alla regola fondamentale della divisione ad uguali porzioni, e se il soprappiù del vantaggio procurato dal defunto al coniuge non deve nuocere ad un figlio d'un primo matrimonio, non può diventar per lui causa di guadagno e procurargli, a danno dei figli del matrimonio, una porzione di beni maggiore di quella che avrebbe avuta se i vantaggi fossero rimasti entro la quota disponibile.

I figli del matrimonio potran dunque trar vantaggio dalla riduzione, ma non potran chiederla. Vero che spesso si è insegnato, che compiutasi la condizione voluta per la apertura d'un dritto, l'azione può esercitarsi da tutti quei che devono trarne vantaggio, e che in conseguenza se tra gli eredi che accettano l'eredità del defunto, vi sian figli d'un primo matrimonio, la riduzione può esser chiesta da tutti, perchè a tutti deve vantaggiare (1). Tal dottrina non ci pare da ammettersi. La riduzione che avverandosi avvantaggia tutti i figli, è stabilita nell'interesse dei figli del primo matrimonio, e ove questi vogliano rispettare la volontà del loro autore, gli altri non possono dolersene; per cui il nostro articolo, non contento di dire che si permette l'azione se vi son figli del primo matrimonio, spiega chiaramente che avranno essi l'azione.

Con più ragione la riduzione non può ottenersi dal coniuge che ha procurato lo eccessivo vantaggio; e non sappiamo comprendere perchè una decisione della Corte di Bordeaux (contraddetta da una recente decisione della Corte di Colmar) abbia giudicato il contrario (2). La riduzione d'una liberalità, anche nei casi ordinarî e quando può esser chiesta dagli eredi legittimari, esiste per essi, nè può essere reclamata dall'autore della liberalità: con più ragione qui che il dritto di riduzione è più ristretto e non appartiene nè anco a tutti gli eredi legittimari (3).

Gli eredi posson far la prova non solo coi titoli, ma anche con testimoni e per pubblica voce.

(1) Duranton (XV-247); Rodière e Paolo Pont (II-363); Troplong (III-2228).

(2) Bordeaux, 5 lug. 1824. — *Contra*: Colmar, 19 feb. 1845 (*Causa* Walb).

(3) *Vedi* Paolo Pont e Rodière (t. II, n. 364); Troplong (t. III, n. 2219).

PARTE SECONDA

DELLA COMUNIONE CONVENZIONALE E DELLE CONVENZIONI CHE POSSONO MODIFICARE (O ANCHE ESCLUDERE) LA COMUNIONE LEGALE.

1497 (T).—I coniugi possono modificare la comunione legale con qualunque sorta di patti non contrari agli art. **1387**, **1388**, **1389**, **1390** (**1341**, **1342**, **1343**, **1344**).

Le principali modificazioni sono quelle che hanno luogo stipulando in una od in altra delle seguenti maniere, cioè:

1° Che la comunione non si estenderà che ai soli acquisti;

2° Che il *mobiliare* presente o futuro non entrerà nella comunione, o che non v'entrerà che per una data parte;

3° Che vi si comprenderanno tutti od in parte gl'immobili presenti o futuri, con attribuire ad essi la qualità di beni mobili;

4° Che i coniugi pagheranno separatamente i loro debiti anteriori al matrimonio;

5° Che in caso di rinuncia, la moglie potrà riprendere ciò che ha portato, senza spesa od aggravio;

6° Che il coniuge superstite conseguirà un'antiparte;

7° Che i coniugi avranno porzioni ineguali;

8° Che vi sarà fra essi comunione a titolo universale.

SOMMARIO

I. Le otto modificazioni indicate sono le sole che si riscontrano nella pratica, e che costituiscono la comunione convenzionale.

II. Il reimpiego convenzionale dei beni propri della moglie va soggetto, come il facultativo, alla doppia condizione delle dichiarazioni del marito e dell'accettazione della moglie: errore di Toullier e di altri scrittori.

III. I coniugi adottando la comunione, possono dichiarare inalienabili gl'immobili della moglie, soggettandoli espressamente alla regola dotale: errore del più degli scrittori e di molte decisioni.

I. I coniugi sono affatto liberi (come ha detto l'art. **1387** (**1341**) di stipulare come meglio credono le loro convenzioni matrimoniali, salvo le restrizioni dell'articolo suddetto e le seguenti pei buoni costumi o all'ordine pubblico. Son essi dunque padroni di modificare, come crederanno, salvo le stesse restrizioni, il sistema di cui si è trattato nella PRIMA PARTE del capitolo, o di escluderlo abbracciando altra regola.

Lo abbiam già detto; il Codice non dovea porre nel nostro capitolo *della Comunione* le convenzioni che *escludon* questa, e delle quali tratta nella nona ed ultima sezione di questa SECONDA PARTE, e si è da noi spiegato nel principio del titolo perchè sia vizioso il metodo. Le convenzioni che *modificano* il sistema della comunione legale, da cui deriva una comunione convenzionale, stan bene ove trovansi.

I coniugi modificando la comunione legale, son liberi di immaginare e stipulare quelle convenzioni che loro meglio piaceranno; ma le principali che ordinariamente si offrono, ed anche le sole (poichè fino ad oggi nessun'altra è invalsa in pratica), sono le otto del nostro articolo, le quali han per oggetto, queste di restringer la comunione ordinaria (1ª e 2ª), quelle di estenderla (3ª ed 8ª), le altre di modificarla, sia per rispetto alla divisione dell'attivo (7ª e 6ª), sia sotto il tale o tale altro rapporto (4ª e 5ª).

Ciascuna di esse poi forma una sezione particolare.

II. — Pria di passare allo svolgimento di queste otto sezioni, esaminiamo due quistioni sorte dalla clausola d'impiego o reimpiego dei danari propri della moglie, che lasciammo negli art. **1434** e **1435** (TT)

giacchè rientrano nella materia della comunione convenzionale.

Vedemmo sotto quegli articoli che il reimpiego di cui in essi si tratta, e che dicesi reimpiego *facultativo*, poichè in fatti il sistema della comunione legale non ne impone un obbligo e s'opera colla doppia condizione: 1° che il marito dichiari la provenienza dei danari, e il perchè si è acquistato l'immobile; 2° che questo immobile si accetti come proprio dalla moglie. Or la nostra prima quistione sta nel conoscere se questa dichiarazione del marito ed accettazione della moglie sieno ugualmente necessarie nel reimpiego *convenzionale* od *obbligatorio*, cioè se una clausola speciale del contratto di matrimonio imponga al marito l'obbligo d'impiegare in immobili i danari proprî della moglie. Noi non dubitiamo punto a rispondere del sì.

E in prima non può sorger dubbio per la dichiarazione da farsi al tempo dello acquisto. Infatti, ove pure si dicesse nel contratto di matrimonio che il reimpiego di un bene proprio della moglie alienato si faccia col primo immobile acquistato dal marito dopo l'alienazione, come potrebbero i terzi conoscere se il tale immobile sia stato o pur no il primo acquisto del marito posteriore all'alienazione della moglie? I terzi non si possono mai ingannare, non vi ha quindi nessuna buona ragione per cui si debba preterire questa regola la quale richiede dal marito, per il reimpiego facultativo, una dichiarazione formale. Del resto tal primo punto della quistione non è punto dubbio.

Non è così il secondo. Una decisione di Parigi e molti scrittori, spezialmente Toullier, prescrivono che l'accettazione della moglie non è necessaria se una clausola del contratto imponga al marito di fare il reimpiego; ed assegnano per motivo che imponendosi quest'obbligo al marito, lo si fa con ciò mandatario della moglie per acquistare in di lei conto (1). Una tale idea è inesatta. Il dirsi che il reimpiego, anzichè facultativo, sia obbligatorio pel marito; che egli invece di avere una semplice facoltà, sia costretto ad acquistare un immobile per essere proprio della moglie, non importerebbe in nessun modo che questa si spogli del dritto di esaminare se le convenga o pur no l'immobile che il marito le ha destinato. Il reimpiego convenzionale differisce dall'altro in ciò solo, che nell'un caso esiste una semplice facoltà, nell'altro un obbligo; or se il marito per quest'obbligo può comprare irrevocabilmente in nome della moglie, può anche farlo per l'avuta facoltà. Il marito nell'un caso ha la facoltà di comprare un immobile che la moglie prenderà, ove le piaccia, e nell'altro caso ne avrà l'obbligo; poichè diciamolo altra volta, la differenza fra l'un caso e l'altro sta nel sostituir l'obbligo alla facoltà.

Si snaturerebbe adunque la clausola del reimpiego, chiamandola rinunzia della moglie al suo dritto di estimo; si trasformerebbe *in un diritto* conferito al marito in danno della moglie *l'obbligo* imposto a quello in vantaggio di questa; e si rivolgerebbe contro la moglie una clausola che è stata scritta nel suo interesse..... Essa senza dubbio può o nel contratto, o in un atto posteriore, o nel reimpiego obbligatorio, o in quello facultativo, conferire al marito il mandato di scegliere per lei, ed interdirsi in tal guisa il dritto di accettare o rifiutare l'immobile acquistato; ma un tal mandato non si potrebbe presumere, poichè è impossibile di scorgerlo nella semplice clausola del reimpiego, la quale non mostra in vero una gran confidenza nel marito, ma un provvedimento preso contro di lui: l'acquisto fatto in impiego, o reimpiego dal marito, è una offerta che si fa alla moglie, la quale può accettarla o rinunziarla. È questa pure la dottrina di una decisione di Bourges e del più degli scrittori, spezialmente dello annolatore di Toullier (1).

(1) Toullier (XII-362 e 363); Tessier (I, p. 220); Rolland de Villargues (alla parola *Reimpiego*, 66 e seguenti); Odier (I-315); Parigi, 13 giugno 1838 (*Causa* Villeneuve).

(2) Duranton (XV-430); Delvincourt (t. III). Zachariae (III, p. 426); Benech (n. 33); Paolo Pont e Rodière (I-517); Duvergier (sopra Toullier); Troplong (II-1140 e 1141); Bourges, 1° febbraro 1831

III. — La nostra seconda quistione sta nel conoscere se i coniugi, essendo in comunione, possano, sia colla semplice clausola del reimpiego, sia con una clausola speciale a tal riguardo, dichiarare inalienabili gl'immobili della moglie.

E in prima, l'inalienabilità degl'immobili proprî della moglie in comunione, risulta dalla clausola con cui si stipula che essi non potrebbero alienarsi che sotto la condizione dei reimpiego? In altri termini, se un immobile della moglie si alieni in forza di tal clausola, e non se ne reimpieghi il prezzo, si potrà egli dire che siccome lo immobile non potevasi alienare senza quella condizione, l'alienazione sarà nulla e la moglie *potrà rivendicare* il suo immobile contro *l'acquirente*; o invece che siccome la stipulazione del reimpiego mira solo ad obbligare il marito, non già a rendere inalienabili gl'immobili, la moglie quindi possa soltanto per la mancanza del reimpiego, agire contro il marito, e non contro l'acquirente dell'immobile?

Secondariamente, supposto che la clausola del reimpiego non basti a produrre la inalienabilità degl'immobili, potrebbe questa *almeno* sorgere da una clausola espressa con cui si dichiarino inalienabili gl'immobili della moglie? Il primo punto, risoluto nel senso dell'inalienabilità da Merlin e da un'antica decisione della Camera dei ricorsi (1), deve decidersi in senso contrario. Proveremo ciò con quel che diremo sulla seconda parte della quistione, la quale deve parimente risolversi nel medesimo senso.

I beni della moglie posson essere soltanto inalienabili se si adotta la regola dotale. Cotal proposizione, benchè rigettata da varie decisioni delle Corti di appello, e dal più degli scrittori, pure è fondata sopra i principî più certi, siccome anche è consacrata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione . . . L' alienabilità dei beni riguarda l'interesse generale e l'ordine pubblico; nè vi si potrebbe derogare che nei casi e sotto le condizioni stabilite dalla legge. Or da una mano, la legge qui dichiara inalienabili i beni della moglie solo sotto la regola dotale; l'inalienabilità quindi dei beni di lei non si potrebbe mai stipulare senza soggettarli a quella regola, come non si potrebbe nemmeno, sotto qualunque regola si fosse, stipulare efficacemente la inalienabilità dei beni del marito. Da altro lato, abbiam visto sotto l'art. 1392 (1346), che la regola dotale può adottarsi solo con una dichiarazione espressa.

Tutti gli scrittori che ci han preceduto, non che varie decisioni, ammettono, ad eccezione di Battur il quale si spinge troppo oltre nel senso contrario, che la moglie possa rendere inalienabili i suoi immobili adottando qualunque altra regola che non la comunione (o la esclusione di comunione, o la separazione dei beni), senza che nemmeno sia mestieri (secondo vuole la decisione di giugno 1845) di alludere alla regola dotale. Si dice che siccome l'articolo 1497 (T) e l' articolo 1387 (1341) permettono ai coniugi di aggiungere alla regola della comunione (o di esclusione di comunione o di separazione di beni) qualunque stipulazione o modificazione che loro meglio piaccia, la quale non osti alla legge o ai buoni costumi; e siccome la clausola d'inalienabilità dei beni della moglie non è nè immorale nè illegale, i coniugi adunque possono liberamente stipularla (2).

L'errore è ben facile a conoscersi. I coniugi possono incontrastabilmente aggiungere alla regola della comunione, per esempio, la inalienabilità degl' immobili della moglie, e la dottrina di Battur quindi non può ammettersi; ma ciò posson fare, adottando per tali immobili la regola dotale, assoggettandosi insieme alla regola della

(Dev., 31, 2, 253); decisione del Parlamento di Parigi, 6 sett. 1701.

(1) Merlin (*Quist.*, alla parola *Reimpiego*, § 7); Rig. di un ric., 22 nov. 1820.

(2) Merlin (*loc. cit.*); Toullier (XII-372); Duranton (XV-297); Zachariae (III, p. 386, nota); Rodière e Paolo Pont (II-785); poi tre decisioni di Dijon cassate nel 1841, come appresso vedremo, e due di Caen, del 21 febb. 1845 (J. P., 1845, t. II, pagina 185), e del 17 giugno dello stesso anno (*Causa* James *contro* Paisant).

comunione e alla dotale, la quale può adottarsi anche parzialmente col mezzo di una espressa dichiarazione... Qualunque contratto in cui non si adotti espressamente la regola dotale, non può produrre la inalienabilità dei beni proprì della moglie. Infatti, delle due cose l'una: o si dovrebbe dire che la regola dotale esiste senza dichiarazione espressa, e si violerebbe così l'art. 1392 (1346); o si dirà (come si è detto) che l'inalienabilità esiste senza adottare la regola dotale, e si violerebbe l'art. 6 (7) e il principio fondamentale del libero movimento dei beni; poichè bisogna sempre tener d'occhio, ciò che non si è fatto adottando il contrario sistema, che qualunque stipulazione d'inalienabilità è assolutamente interdetta in principio generale, come contraria all'ordine pubblico, che si permette solo, per la eccezione scritta nella legge, alla moglie maritata sotto la regola dotale, e che quindi non si potrebbe, come dicemmo, stipulare la inalienabilità dei beni della moglie, essendo fuori la regola dotale, come non si potrebbe anche sotto tal regola stipulare la inalienabilità dei *beni del marito*... Questa verità già certa, avuto riguardo che l' inalienabilità è una eccezione ad un principio di supremo ordine pubblico, e che non può quindi estendersi a nessun altro caso non previsto dalla legge, lo diviene anche più, se si ha riguardo alla storia della compilazione del nostro titolo. Il legislatore infatti nel suo progetto di predilezione, prima che ammettesse (costretto dai paesi di dritto scritto) la regola dotale secondo il sistema romano, non contentossi di dire che gl'immobili della moglie, benchè sotto la regola dotale, non diverrebbero inalienabili; volle bensì dichiarare che la inalienabilità non potrebbe crearsi con una clausola formale del contratto, e che qualunque clausola di tal genere sarebbe nulla (Fenet, t. XIII, pagina 521, art. 158). Solo adunque perchè dovette alla fine ammettersi la regola dotale, fu introdotta come parte integrante di questa regola l'inalienabilità degl'*immobili* della moglie. Cotal dottrina sconosciuta pria da tutti gli scrittori, trattata poi da *noi*, e quindi avvalorata dall'alta autorità di Troplong (I, 79-81; II, 1076-1085), è consacrata d' altronde in tre decisioni della Corte di cassazione, con le quali la Camera civile nel 1841 annullò le decisioni contrarie della Corte di Dijon, ed in altre più recenti della Camera dei ricorsi. — « Attesochè, dicevasi nelle tre prime, i coniugi Chavot adottarono la regola della comunione con riserva di alienare i loro beni proprî, coll'obbligo di reimpiegare il prezzo delle vendite dei beni della futura sposa; attesochè con tale stipulazione *i beni della signora Chavot non erano soggetti* ALLA REGOLA DOTALE; che infatti essa non ha *il carattere* della DICHIARAZIONE ESPRESSA *richiesta dall'art.* 1392 (1346), e di cui NON PUÒ FARSI A MENO *perchè i beni della moglie sieno inalienabili* ». — La camera dei ricorsi dice, potere i creditori della moglie, sequestrare i beni di lei (e quindi alienarli), *all'infuori di quelli messi sotto* LA REGOLA DOTALE *con una* ESPRESSA *dichiarazione nel contratto di matrimonio* (1).

È errore adunque il dire, come Battur, che i coniugi non possono, adottando la comunione, metter sotto la regola dotale gl'immobili proprî della moglie (2), e come gli altri scrittori, che i coniugi posson dichiararli inalienabili senza sommetterli alla regola dotale colla dichiarazione espressa dell'art. 1392 (1346)... In esso si permette solo di adottare la regola dotale per la inalienabilità degl' immobili della moglie, e la comunione pel resto, ciò che formerebbe una stipulazione molto *simile* a quella con cui si adotta la regola dotale aggiungendovi una comunione d'acquisti·

(1) Cass., 29 dic. 1841; Rig., 23 agosto 1847 e 13 febb. 1850 (Dev., 42, 1, 5; 47, 1, 657; 50, 1353); Cass., 6 nov. 1854 (Dev., 54, 1, 712).

(2) Si è giudicato infatti, che la stipulazione della regola dotale parziale risulta dalla clausola con cui si è dichiarato che gl' immobili della moglie non possono nè alienarsi nè ipotecarsi durante il matrimonio, e che per assicurare a questa clausola tutto il suo effetto, la moglie dichiara di costituirsi i suoi immobili in dote. Rig., 15 maggio 1853 (Dev., 53, 1, 465).

Quest'ultima stipulazione, che dà maggiore estensione della prima alla regola dotale (e quindi minore alla comunione), ma che si assomiglia nell'adottar simultaneamente le due regole, la dotale e quella della comunione, è ed è stata sempre molto in pratica, ed il Codice l'ha preveduto specialmente nell'art. 1581 (1394 M).

Passiamo intanto allo svolgimento delle otto sezioni, di cui il nostro articolo, è per dir così, il sommario.

SEZIONE PRIMA.

DELLA COMUNIONE RIDOTTA AGLI ACQUISTI.

1498 (T).—Quando i coniugi stipulano che tra essi non vi sarà che una comunione d'acquisti, si riterrà che abbiano escluso dalla comunione i debiti di ciascuno di essi, attuali e futuri, ed il loro rispettivo *mobiliare* presente e futuro.

In questo caso, e dopo che ciascuno dei coniugi avrà prelevato ciò che ha conferito, con la debita giustificazione, la divisione si limita agli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante il matrimonio, e provenienti tanto dall'industria comune, che dai risparmi sopra i frutti e rendite dei beni dei due coniugi.

1499 (T). — Se il *mobiliare* esistente al tempo del matrimonio, o provenuto posteriormente, non sarà stato comprovato col mezzo d'inventario o d'uno stato in buona forma, sarà considerato come acquisto.

SOMMARIO

I. Comunione d'acquisti. Essa si stabilisce senza bisogno di espressione sacramentale: errore di Merlin e di Toullier.
II. Composizione del suo attivo e passivo.
III. Qualunque bene si reputa comune fino alla pruova in contrario. Come debba farsi questa pruova: controversia.
IV. I mobili dei coniugi si dividono in propri perfetti, e propri imperfetti: il marito non può alienare i mobili propri della moglie.
V. La comunione può ridursi agli acquisti immobiliari: errore di vari scrittori.—Qual è il passivo di tal comunione: controversia. — Per essa si applica l'artic. 1408 (T).

I.—I coniugi, anzichè soggettarsi alla comunione ordinaria, la quale abbraccia nel suo attivo, come abbiam visto, tutti i mobili dei coniugi, siccome nel passivo tutti i debiti mobiliari, possono stipulare solo una comunione per gli acquisti che faranno.

Tal convenzione deve formalmente esprimersi, e se i due sposi dichiarino semplicemente di maritarsi *in comunione*, senza indicare quale, la convenzione dovrà intendersi per la comunione ordinaria, legale. Per ciò non bisogna alcuna sacramentale espressione o frase; e non sappiam comprendere come Merlin (Rep., alla parola *Esclusione*, § I, n. 2) e Toullier (XIII-317) abbiano potuto insegnare che i coniugi debbono necessariamente *non* voler altro formare *che* una comunione d'acquisti, e che senza la congiunzione *non che* la stipulazione della comunione di acquisti non produrrebbe effetto! Qui, come ovunque, si richiede solo che i coniugi manifestino chiaramente la loro volontà, la quale sarà pur chiara se essi dicono esservi fra loro *comunione d'acquisti*, o che essi si mettono in *società d'acquisti*, o che saranno in comunione *per rispetto ai beni che acquisteranno*..... È ben semplice che il Codice, dopo aver detto della comunione ordinaria, abbia in questa impiegato le congiunzioni *non che* trattando dell'altra; ma se due coniugi, senza stabilire comunione legale, ne facciano una di acquisti, essi non avran bisogno di alludere alla prima, ed indicando quel che vogliono non fa mestieri di dir quel che non vogliono: anche

Pothier dice che ove le parti dichiarino « *i coniugi saranno in comunione per tutti i beni che acquistano* », non vi sarà comunione ordinaria, ma una semplice di acquisti (n. 317). Ben a ragione adunque la strana dottrina di Merlin e di Toullier è rigettata dagli scrittori e dalla giurisprudenza (1).

II. — L'attivo della comunione di acquisti abbraccia i guadagni provenienti sì dai frutti o rendite dei beni dei coniugi, che dalla loro industria.

La società di acquisti prende i frutti o rendite percepite o corse durante il matrimonio, non il capitale. Il danaro, i crediti, le rendite ed altri beni mobili appartenenti ai coniugi al tempo del loro matrimonio, ed altri loro di poi pervenuti per eredità o donazione, durante il matrimonio, sono lor proprî come gl'immobili sotto la comunione legale. Fra i beni mobili contengonsi le rendite, gl'interessi, e le annualità corse al giorno del matrimonio, benchè dopo pagati, perchè costituiscono un credito del coniuge, solo le rendite pervenute durante il matrimonio appartengono tutte alla comunione (2). Anche tutti i frutti percepiti durante la comunione son presi dalla società di acquisti; ma qui siccome il coniuge, sciolta la società, deve il compenso delle spese di sementi e di cultura dei frutti che allo scioglimento pendevano dai rami o dalle radici nei fondi, la società deve pure il compenso al coniuge per le spese di sementi e cultura dei frutti trovati pendenti il dì del matrimonio; poichè noi abbiamo ammesso la contraria soluzione per la comunione legale, per la ragione che la somma pagata dal coniuge per tali spese, se pur non pagata, sarebbe sempre entrata nella comunione come valore mobiliare, mentre qui, non pagandosi, resterebbe propria del coniuge. Così nel primo caso le spese (che sono state tolte dai capitali dei coniugi) si sopportano realmente dalla comunione; e qui dal coniuge sul suo patrimonio, applicandosi fra lui e la comunione il principio di reciprocanza che non si potrebbe applicare alla comunione legale. È dunque inesatta la dottrina di Duranton (XV-11), il quale ammettendo il debito del coniuge verso la comunione, rigetta quello della comunione verso il coniuge; ciò che molto più è strano, poichè il dotto professore riconosce che la comunione deve pagar le spese al terzo acquirente, senza potersi rivolgere contro il coniuge. Sicchè è chiaro che essa, e non il coniuge, deve sostenere le spese.

La comunione di acquisti prende i prodotti dell'industria dei coniugi, insieme coi guadagni; però qui pure intendiamo dei guadagni da conseguire e non di quelli già conseguiti al tempo del matrimonio. Se durante il matrimonio, si venda un'opera d'arte, di scienza od altro fatta prima dal coniuge, questi ne riterrà la somma, poichè prezzo d'un bene proprio. Così pure del prezzo delle edizioni che si facciano di tale opera durante la comunione, essendo il prezzo un prodotto della cosa. — Scoprendosi da un coniuge un tesoro, egli acquisterà non solo la metà *jure soli*, come nella comunione legale, ma anche l'altra metà, la quale non è nè un frutto, nè un guadagno prodotto dall'industria. Del pari egli riterrà in proprio gli oggetti perduti e trovati, e i guadagni avuti in una lotteria o per giuochi e scommesse. Non così però di un ufficio concessogli gratuitamente dallo Stato,

(1) Battur (II-356); Dalloz (*Rep.*, X, p. 264); Duranton (XV-18 e seg.); Zachariae (III, p. 510); Glandaz (n. 385); Paolo Pont e Rodière (II-17); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Troplong (n. 1855); Rig., di una decisione di Bordeaux, 10 dic. 1840 (J. P., 1840, t. II, p. 781); Ric., 1 giugno 1853 (Dev., 53, 1, 513). Quest'ultima decisione giudica inoltre non essere soggetta a censura la statuizione che decida, in forza delle convenzioni, aver voluto i coniugi stabilire una comunione ordinaria in cui cadono i mobili recati in dote, i quali non sieno stati esclusi da una clausola particolare.

(2) Giudicato che i dritti della moglie *sotto la* regola dotale o comunione di acquisti, *se i frutti* pendenti dalle radici il dì dello scioglimento della comunione, son regolati secondo i principî della comunione d'acquisti, e non secondo la regola dotale; la moglie ha dritto a tutti i frutti esistenti sugl'immobili dotali, e non ad una parte di essi in proporzione alla durata del matrimonio durante l'ultimo anno: Rouen, 3 marzo 1853 (Dev., 54, 2, 31); *Sic* Tessier (*Della dote*, t. II, n. 893); Duranton (t. XV, n. 11); Paolo Pont e Rodière (t. II, n. 30); Troplong (t. III, nn. 1867, 1868).

o dei beni accordatigli dalla nazione come compenso: questi non sono nè guadagni avuti ad azzardo, nè donazioni; un ufficio si concede alla capacità del titolare, i compensi gli si dànno pei suoi lavori o servizi; tutto quindi appartiene alla comunione di acquisti (1).

Per rispetto al passivo, esso non è gravato nè dai debiti che esistessero al tempo del matrimonio, nè da quelli delle successioni o donazioni, puramente mobiliari, pervenute ai coniugi durante il matrimonio, nè da quelli contratti da essi coniugi per le loro proprietà d'immobili o di mobili. Esso abbraccia i debiti che il marito o la moglie autorizzata abbiano contratto per la società, gl'interessi o le annualità dei debiti personali, e tutti i pesi usufruttuari dei beni dei coniugi.

Tanto l'attivo che il passivo possono altrimenti stabilirsi nel contratto, potendo sempre i coniugi estendere o restringere ciò che la legge loro impone.

III.—Qualunque bene si reputa comune, come sotto la comunione legale, finchè uno dei coniugi non pruovi che gli sia proprio. Per gli immobili, siccome è sempre facile il provarne l'origine, non vi sarà alcun dubbio; e la legge non ne ha parlato. Ma per i mobili è necessario qualche schiarimento.

Regolarmente, ed in principio, la pruova deve farsi o con un inventario steso per distinguere i mobili proprî da quelli della comunione, o con uno stato in buona forma, come quello fatto per un conto di tutela o per una donazione di mobili, per cui sarebbe inutile la formazione *ad hoc* di un inventario. Cotal regola, secondo i termini dell'articolo 1499 (T), si applica ai mobili esistenti al tempo del matrimonio e a quelli pervenuti ai coniugi durante il matrimonio. Non facendosi nè inventario, nè stato, bisogna distinguere fra i due casi.

Per i mobili pervenuti durante il matrimonio, la regola varia non poco per l'uno e per l'altro coniuge. Siccome naturalmente incombe al marito di fare stendere l'inventario, di cui non può farsi a meno, pervenendo dei mobili che non sono altrimenti comprovati, egli, trattandosi di mobili a lui pervenuti, non potrà lagnarsi della mancanza di pruova, la quale essendo irregolare, i suoi mobili andranno nella comunione. Per l'incontro la moglie per la stessa ragione, e per la sua dipendenza dal marito, potrà far la pruova con tutti i mezzi, anche con la pubblica voce (2). Così dice l'articolo 1504 (T) in un caso analogo al nostro, o piuttosto identico, come or ora vedremo. Gli eredi della moglie, quelli del marito non hanno maggiori diritti del loro autore, tranne che gli ultimi pretendessero non essersi fatto l'inventario, appositamente, per avvantaggiar la moglie in danno della loro riserva: in tal caso essi potranno far la pruova, anche per pubblica voce, poichè la frode si può provare con tutti i mezzi.

Per rispetto ai mobili che i coniugi possiedono maritandosi, si sono elevate due quistioni.—In prima se l'inventario fatto dopo la celebrazione del matrimonio sia efficace. Tutti riconoscono non potersi opporre ai creditori dei coniugi, per analogia dell'articolo 1510 (T); sicchè tutta la difficoltà consiste nel sapere se esso produca il suo effetto fra i coniugi. Bugnet (sopra Pothier, n. 298) risponde del no; ma non ne porge alcun motivo, e noi infatti non vediamo perchè si debba rigettare l'opinione insegnata da Pothier (*loc. cit.*).—La seconda quistione è, se in mancanza d'inventario si debba applicare la disposizione

(1) Colmar, 20 dic. 1832; Douai, 15 nov. 1833; Agen, 2 dic. 1836 (Dev., 33, 2, 185; 34, 2, 189; 37, 2, 309); Zachariae (III, p. 511); Paolo Pont e Rodière (II 39 e 40). — Il maggior valore acquistato coll'ufficio *proprio* del marito, non va nemmeno nella comunione di acquisti, se provenga unicamente dall'aumento generale del valore degli uffici, e non possa attribuirsi all'industria o agli sforzi particolari del marito dopo il matrimonio. Bordeaux, 19 febb. 1856 (Dev., 56, 2, 271).

(2) Ma ciò per rispetto al marito. Poichè in faccia ai terzi la moglie non può supplire con nessuna pruova alla mancanza d'inventario o dello stato in buona forma dei beni che pretende esserle pervenuti durante il matrimonio. Bordeaux, 21 gennaro e 9 aprile 1853; Rig., 19 giugno 1835 (Dev., 53, 2, 243 e 423; 55, 1, 506). — *Sic* Paolo Pont e Rodière (t. II, n. 46); Troplong (n. 1884).

dell'articolo 1504 (T), come per i mobili pervenuti durante il matrimonio? Toullier (XIII-306) e Glandaz (n. 388) insegnano il sì; ma ciò non può ammettersi. Priachè non si celebri il matrimonio, la moglie non dipende dal marito, nè questi è obbligato a fare l'inventario dei mobili della moglie: i due futuri coniugi sono nella stessa posizione; tutti e due sono padroni di agire (per se stessi o per coloro da cui dipendono) come meglio loro piacerà; tutti e due quindi devono esser considerati dell'ugual maniera, nè l'uno potrebbe provare per pubblica voce, e l'altro per titoli. Delle due cose l'una: o la pruova per pubblica voce si permette per tutti e due, o per nessuno. Ma quale delle due idee bisogna seguire? Gli scrittori e le decisioni si sono scisse anche su tal punto, il quale secondo noi è semplicissimo (1). Infatti la pruova per testimonî si permette, per eccezione, a quelli che non possono far quella per iscritto; or se la moglie durante il matrimonio, non può far l'inventario dei mobili che le pervengono, possono farlo benissimo, sì ella che il marito, prima del matrimonio; per cui possono stendere, in mancanza di altro stato in buona forma, lo inventario richiesto dal nostro art. 1499 (T): così l'articolo 1504 (T), permettendo per eccezione solo alla moglie di far la pruova per pubblica voce, ha cura di permetterglielo per i soli mobili pervenutile durante il matrimonio, ed il Codice, in questo articolo e dovunque, non accenna mai ai mobili esistenti al tempo del matrimonio. Per questi adunque si resta sotto la regola dell'articolo 1499 (T), il quale seguendo i principî generali, richiede l'inventario. Indarno si vuole da ciò inferire che la pruova per pubblica vece era permessa nell'antico dritto, il quale, avrebbe avuto qualche influenza, tacendo il Codice; rimane però senza effetto essendovi una contraria regola nel nostro art. 1499 (T).

IV.—Abbiamo visto (articolo 1408 (T), n. VIII) che sotto la comunione legale restando i mobili proprî dei coniugi, si dividono in proprî perfetti e proprî imperfetti; che i primi restano rigorosamente proprî del coniuge che li riprende in natura allo scioglimento, e gli altri vanno nella comunione, che ne diviene realmente proprietaria, ed è sola debitrice del loro valore in faccia al coniuge; e che si devono reputare come proprî imperfetti tutti quelli rilasciati, sia con estimo, sia con qualunque altra circostanza da cui sorga essersi voluti attribuire alla comunione, salvo compenso. Or tali idee si posson pure applicare sotto la comunione d'acquisti, con la differenza che i mobili proprî (perfetti o imperfetti) vi saranno di maggiore rilievo, poichè tutti quelli che appartengono ai coniugi al tempo del matrimonio, o che loro dopo pervengono non come prodotto dei loro beni e delle loro industrie, sono esclusi dalla comunione.

Qui dunque, come sotto la comunione legale, dobbiamo riconoscere che tutti quei mobili per cui il coniuge non ha espresso la volontà di trasferirli alla comunione, salvo compenso, resteranno rigorosamente, ed in natura, proprî di esso coniuge.

Invano Merlin (*alla parola Esclusione*), Battur, (II-381) ed altri vogliono sostenere il contrario, perchè secondo l'artic. 1503 (T), ciascun coniuge può riprendere allo scioglimento *il valore* di quanto gli effetti mobili oltrepassava la quota messa in comunione. Noi l'abbiam detto (art. 1428 (1399), n. II), e vedremo spiegando quest'articolo 1503 (T), che la quistione è nel solo caso in cui il coniuge si è costituito debitore della comunione di una somma, pel cui pagamento le ha trasmesso i *suoi mobili*, in guisachè la comunione è divenuta proprietaria dei mobili, salvo a render conto e restituire, se occorra, il dippiù del valore dei mobili sopra la somma promessa.

(1) *Per* la pruova: Maleville (III, p. 351); Battur (II-307); Rodière e Paolo Pont (II-48); Rig., 3 agosto 1831 e 19 dic. 1842; Bourges, 28 feb. 1832 e Bordeaux, 19 febb. 1856 (Dev., 56, 2, 271); — *Contro*: Duranton (XV-16 e seg.); Zachariae (III, p. 512); Rolland de Villargues (*alla parola Comunione*, n. 641); Poitiers, 6 mag. 1836 (Dalloz, 37, 2, 128).

Dobbiamo inoltre ritenere, come abbiam visto sotto la comunione legale (*loc. cit.*), che il marito non potrebbe alienare i mobili propri perfetti della moglie (Rig., 2 luglio 1840: Dev., 40, 1, 886).

V. — Era spesso in uso altre volte, specialmente in Normandia, di stipulare una società *di acquisti d'immobili* soltanto; in guisachè i coniugi essendo in comunione per *gl'immobili* acquistati durante il matrimonio, restavano propri del marito gli acquisti mobili, come sotto l'esclusione di comunione i mobili e gl'immobili. Si è chiesto se sotto il Codice debba ammettersi questa clausola; e mentre Delaporte ed anche Troplong dicono del sì senza discutere, e come se fosse un punto non controvertibile, molti scrittori (di cui par che Troplong ignori la contraddizione) han sostenuto del no (1).

La loro dottrina non è da ammettersi. Dicono essi che la posizione recherebbe molto pregiudizio alla moglie, e saria troppo commoda per il marito, il quale potrebbe non farla partecipare dei beneficî col non acquistare immobili. Or questa non è ragion di dritto, bensì considerazione di fatto da esser ponderata dalla moglie e suoi consulenti onde scegliere la regola che fa al lor caso, ma nella quistione di validità o d'invalidità della clausola non entra per nulla. Certo la posizione è poco favorevole alla moglie, ma lo è ancor meno nella regola di esclusione di comunione, tanto permessa. Come mai la moglie non potrebbe adottare la regola con cui può e non può avere acquisti, potendo adottar l'altra, che nulla anticipatamente le promette?... Lo diciamo altra volta, ciò non è dritto. Secondo i principî i coniugi son padroni di appigliarsi a qualunque convenzione, purchè non contraria ai buoni costumi, nè alle cose proibite dal Codice. Or la società di acquisti immobiliari non è per nulla contraria alla morale, nè vietata da alcun testo; ella è dunque permessa, e le varie decisioni di cui parleremo ne recano molti esempî.

La società d'acquisti immobiliari è una comunione più ristretta della società d'acquisti ordinarî, ed abbraccia una sola parte dell'altra. Così essa non comprende tutti gli immobili che il marito può acquistare durante il matrimonio, ma quei che sono veri acquisti, cioè provenienti da guadagni fatti o sulle rendite proprie dei coniugi o con la loro industria: la società di tutti gli acquisti comprende tali guadagni, e quella di acquisti d'immobili comprende i guadagni immobilizzati. Tutto ciò che sarebbe proprio nella prima, riman proprio nella seconda; più i mobili comuni nell'una restan proprî al marito nell'altra, e diventano comuni se immobilizzati. Niun dubbio su ciò; e se ne è sorto alcuno innanzi i tribunali sulla validità di tal società particolare, non ve n'è stato per la composizione del suo attivo. Gli è ben altro pel suo passivo, ed il saper quali debiti (oltre a quelli relativi agl' immobili proprî, che son sempre personali ad ogni coniuge) cadano a peso della società, ha fatto sorgere quattro contrarî sistemi. L'un di essi, che ebbe origine da una idea di Bellot e di Rolland de Villargues, vuole ché la società non soffra parte alcuna dei debiti, restando tutti a peso degli acquisti di mobili. Un secondo, adottato specialmente da una sentenza riformata in appello dalla Corte di Bruxelles nel 1823, ammette dover ella sostenere i debiti contratti in occasione degli immobili di cui si compone. Il terzo, applicato da una decisione di Caen del 1828 e poi professato da Troplong, divide tutti i debiti tra gli acquisti immobili della società e gli acquisti mobili del marito, secondo il loro valore. L'ultimo, seguito da una decisione del 1823 e da altra di Caen del 1850, vuole che la società come una comunione ordinaria (2), sosten-

(1) Delaporte (art. 1498 (T)); Troplong (III, numeri 1856 e 1903-1909). — *Contra:* Bellot des Minières (III, p. 24); Rolland de Villargues (alla parola *Comunione*, n. 637), Dalloz (alla parola *Contratto di matrimonio*); Zachariae (III, p. 519); Paolo Pont e Rodière (II-24).

(2) Bruxelles, 5 nov. 1823 (Questa decisione che Troplong dice di avere cercato indarno nelle Raccolte trovasi purnondimeno alla sua data nel J. P.); Caen, 31 mag. 1828; Caen, 21 gennaro 1850 (*Vedi* le tre decisioni in Dev., 50, 2, p. 193, 199). *Junge* Rouen, 29 giugno 1850, 22 luglio 1850 e

ga tutti i debiti... Di questi quattro sistemi deve ammettersi solo il terzo. Infatti i debiti contratti durante il matrimonio debbon togliersi da tutti gli acquisti fatti in tal tempo; dappoichè son veramente beni e benefici quelli che rimangono, dedotti i debiti: *Non sunt bona, nisi deducto aere alieno*. Or avendo i coniugi diviso gli acquisti in due porzioni, i mobili da un lato, gli immobili dall'altro, è mestieri si dividano i debiti anche in due parti in proporzione al reciproco valore degli acquisti; per modo che, se gli acquisti compongonsi per due terzi di immobili, e di mobili per un terzo, i debiti graveranno per un terzo sopra i mobili, per due sugli immobili... Invano, per affrancare la società di tutti i debiti, si pretende che in essa vi sia per la moglie un cottimo di comunione. La idea non regge; per esservi cottimo bisognerebbe che il dritto (privilegiato e libero di debiti) attribuito alla moglie sugli immobili, fosse la trasformazione e riduzione di un dritto (ordinario e su cui gravansi debiti) in una comunione più larga; ma non è così, poichè gl'immobili di cui la moglie prende la metà sono il solo oggetto della convenuta comunione. Invano anche, per sostener che la società debba sostener sola tutti i debiti, dicesi esservi beni quando tutti i debiti son pagati. Certo una società deve sopportare tutti i debiti, ma soltanto i suoi; or quei contratti nel tempo del matrimonio riguardano gli acquisti e non possono arbitrariamente imporsi ai soli acquisti immobili: in tutta la massa dei beni la natura mobiliare o immobiliare dei valori non importa per la contribuzione dei debiti: *universi patrimonii aes alienum onus est*; tutti gli acquisti devon pagare tutti i debiti, e tutti ugualmente.

Finalmente, appunto per questo, il secondo sistema deve esser tolto di mezzo siccome il primo ed il quarto. Gli acquisti devono pagare tutti i debiti; e poichè il contratto di matrimonio ha diviso l'attivo in due parti, senza dir nulla del passivo che ha lasciato sotto il dritto comune, ogni porzione di beni dee dunque sostenere una parte, in proporzione del suo valore (1).

Un'ultima quistione fa sorgere la società di acquisti immobili, cioè, se ad essa, come ad una società di tutti gli acquisti od una comunione ordinaria, debba applicarsi l'art. 1408 (T).

Così quando il marito coi danari acquistati durante il matrimonio compra la metà di un immobile indiviso, di cui l'altra metà era sua, l'acquistata da lui gli sarebbe propria in virtù dello artic. 1408 (T) o farà parte della comunione d'acquisti immobili? Certo che sarà sua propria. Vero che l'articolo 1408 (T) stabilisce la sua regola con condizione di pagare alla comunione una indennità pei denari ch'essa ha potuto dare, impossibile qui, perchè il danaro di cui ha fatto uso il marito è suo e non della comunione; ma non havvi alcuna ragione o pretesto per non applicarsi l'articolo, e ci sorprende come nella specie surriferita ciò abbia servito come mezzo di ricorso in cassazione: il caso d'indennità è un punto sussidiario, la cui regola principale non dipende per nulla dalla condizione di un danno cagionato; non è da far caso della mancanza di indennità ove risulti da mancanza di danno... Vero anche che la mancanza di danno e d' indennità si riferisce ad un regolamento diverso della comunione; ma questo anzichè valere contro l'applicazione dell'articolo 1408 (T) vale per esso; dapoichè la ristretta comunione di cui trattiamo, racchiudendo più beni propri della comunione ordinaria, come mai la prima farebbe comune ciò che è proprio anche nella seconda? Vero finalmente che il risultato può a prima vista sembrar duro per la moglie; ma è natural conseguenza della sua convenzione, nè può ella lagnarsene, poichè i danari con cui il marito si acquista

15 maggio 1851 (Dev., 54, 2. 385); Rig., 3 agosto 1852 (Dalloz, 52, 1, 257); Caen, 12 nov. 1853 (Dev., 54, 2, 399). — *Vedi* anche nello stesso senso la dissertazione di Paolo Pont nella *Rivista critica* (t. III, p. 898).

(1) Siamo ritornati su tal punto nella *Rivista critica*, tom. III, p. 86 e seg., in cui confutiamo la contraria dottrina del procuratore generale Rouland.

un bene proprio le sarebbero stati proprî dopo il contratto... A ragione dunque la quistione è stata giudicata in tal senso nel 1849 e 1850 da due decisioni di Rouen e dalla Corte suprema, citate sotto l'articolo 1408 (T) (n. I, § 5).

Se la moglie fosse comproprietaria dell'immobile indiviso, di cui una porzione è comprata dal marito, questa le diverrebbe ugualmente propria, poichè l'art. 1408 (T) si applica in tutti i casi in cui, secondo le regole ordinarie, l'immobile acquistato sarebbe della comunione; ma in tal caso domanderemo se una ricompensa sarà dovuta ed a chi. Che essa sia dovuta non è dubbio, poichè altrimenti la moglie si arricchirebbe (*almeno per la metà dell' acquisto*) a spese altrui, prendendo come propria e per sè una cosa acquistata con danari di cui niuna parte le spettava, e la sola metà poteva appartenerle in caso di immobilizzazione. Ma a chi ed in quali limiti è dovuta la ricompensa? Si deve forse al marito, perchè ha coi proprî danari comprato una cosa per la moglie (in modo che questa gli dovrebbe l' intiero prezzo dello acquisto)? od alla comunione di immobili, perchè questa senza il privilegio chiesto dalla moglie avrebbe serbato l'acquisto, e così ha sofferto una perdita di cui deve essere da quella indennizzata (in guisa che la moglie, accettando la comunione, darebbe conto al marito soltanto della metà del prezzo di acquisto)?... Bisogna attenersi a quest'ultima idea, non potendosi volgere contro la moglie una regola stabilita dall'articolo 1408 (T) per avvantaggiarla, e darle per una cosa che la legge dichiara esserle propria, meno dritti di quanto ne avrebbe se la cosa fosse comune. La moglie ha sempre il dritto di render l'acquisto proprio o comune a sua scelta, e la metà di esso non potrebbe sfuggirle. Ma pel debito del marito ogni idea di compenso trovasi tolta, perchè egli ha acquistato per sè con danari suoi proprî.

SEZIONE II.

DELLA CLAUSOLA CHE ESCLUDE DALLA COMUNIONE I MOBILI IN TUTTO O IN PARTE.

1500 (T). — I coniugi possono escludere dalla comunione tutto il loro *mobiliare* presente e futuro.

Quando essi stipulino che ne metteranno reciprocamente in comunione fino alla concorrenza d'una determinata somma o valore, si riterrà, per questo solo motivo, che se ne siano riservato il dippiù.

I. Esclusione totale o parziale dei mobili. Essa riceve differenti nomi e si offre sotto varie forme. Bisogna distinguere la clausola di esclusione da quella di collazione.
II. Clausola di esclusione. La esclusione è espressa o tacita. Essa risulta tacitamente dalla clausola d' impiego, benchè questo non sia effettuato: errore di Battur.
III. L'esclusione di tutti o di una parte dei mobili trae seco la esclusione proporzionale dei debiti: controversia.
IV. Se la clausola offre due sensi, si riterrà quello che più si avvicina al diritto comune.

I. — La clausola di cui tratteremo in questa seconda sezione mira, del pari che la precedente, a restringere la comunione legale, escludendone dall'attivo tutti o una parte dei mobili dei coniugi.

Essa clausola che ci si porge dal Codice come una idea semplice ed unica, contiene (a prescindere da altre distinzioni meno importanti) due distinti aspetti che Pothier giustamente ebbe separato, e dei quali si tratta nei due primi paragrafi del nostro articolo.

Riguardata in generale, cotesta clausola di esclusione totale o parziale dei mobili è stata variamente chiamata nella pratica ed ha pure varie forme. — Ora si dice *clausola di realizzazione*, perchè il coniuge volge in suo vantaggio o realizza, riserban-

doseli proprî, valori che secondo i principî generali dovrebbero entrare nella comunione; ora *clausola di immobilizzazione*, perchè essa trasforma in immobili o pareggia ad immobili, rendendoli suoi proprî, tutti o parte dei suoi beni mobili; ora *stipulazione di beni proprî*, perciocchè essa rende tali i beni che altrimenti sarebbero comuni; ora *clausola d'impiego*, ma solo nel caso in cui si dice che coi mobili riserbati si acquisteranno immobili; ed ora finalmente *clausola di collazione*; quest'ultimo nome conviene ad una particolare ipotesi che presenta l'una delle due idee principali, che saranno da noi nuovamente distinte, come più sopra. Sogliònsi anche chiamare beni proprî *convenzionali* o anche proprî *fittizî* (espressione meno esatta della prima) i beni che sono esclusi dalla comunione per convenzione delle parti. — La esclusione può stipularsi in quattro modi diversi, di cui tre rientrano nel primo paragrafo del nostro articolo ed il quarto nel secondo. Esiste infatti: 1° se un coniuge dichiara direttamente e positivamente voler escludere dalla comunione tutti i mobili o la tal porzione; 2° quando manifesta voler mettere in comunione la tal parte dei suoi mobili, in modo che il dippiù ne è escluso; 3° quando stipula che una somma di... da prendere sui mobili, sarà impiegata in immobili che gli sono proprî, con ciò si realizza una parte del mobile (è questa la clausola d'impiego); 4° infine quando dichiara mettere i suoi mobili in comunione fino alla concorrenza di tal somma o valore, il che costituisce la *clausola* di *collazione*.

L'espressione *clausola di esclusione* oltre il senso largo e generale che abbraccia le quattro ipotesi, ne ha uno più proprio col quale si oppone alla *clausola* di *collazione*. Queste due clausole di esclusione (*proprio sensu*) e di collazione, che Pothier distintamente trattava, l'una nel suo art. II (nn. 286-302) e l'altra nell'art. IV (nn. 315-349), non son confuse nella nostra sezione. Il primo paragrafo del nostro art. 1500 (T) prevede solo la clausola di esclusione, ed il secondo, non che gli art. 1501, 1503 (TT), parlano della clausola di collazione.

Parliamo della clausola di esclusione.

II. — La realizzazione o esclusione della comunione si fa espressa o tacita. Se un coniuge dichiara mettere in comunione la tal somma da prendersi su di una maggiore o sulla tal porzione dei suoi mobili, il dippiù n'è tacitamente escluso. Come ben spiegava Pothier (317), il dire che se su i 20,000 fr., 10,000 entreranno nella comunione, o che se dei mobili del coniuge i tali e tal'altri entreranno in essa, vale che il rimanente non ci entrerà per nulla: *qui dicit de uno de altero negat*. Vi è anche tacita esclusione, allorchè si dice che una somma di... sarà impiegata dal coniuge in immobili: essa trovasi allora esclusa dalla comunione, e fatta propria dal coniuge. Battur contraddice tale idea (II-393), ed erroneamente insegna che vi è esclusione quando lo impiego si effettua. Se la somma è riserbata per tale impiego, certo che l'è esclusa dalla comunione.

La Consuetudine di Parigi diceva: « la somma data per impiegarsi in compra di fondi, *benchè non impiegata*, è reputata immobile (art. 93) ». Si è sempre riconosciuto che l'adempimento dell'impiego non era necessario (1).

La esclusione è espressa, allorchè il coniuge dichiara direttamente voler escludere dalla comunione tutti o una parte dei suoi mobili. La clausola che ha per oggetto o tutti gl'immobili, o una parte di essi, come il terzo o la metà, o alcuni mobili specialmente determinati, può riferirsi o solo a' mobili presenti o solo ai futuri o agli uni ed agli altri. Allorchè il coniuge dichiara voler escludere *i suoi mobili futuri*, intendesi quei che avrà per successione, donazione o *fortunae dono*, i quali non si

(1) Pothier (n. 327); Merlin (Rep., alla parola *Esclusione*, §§ 1 e 5); Rodière e Paolo Pont (II-66); Odier (tom. II, nn. 743 e 744); Troplong (III, 1946-1947); Nimes, 19 dic. 1830. (J. P. alla sua data). Quanto alla decisione di rigetto del 26 maggio 1835 (Dev., 35, 1, 833) citata nello stesso senso, essa non giudica la quistione: statuisce nel caso in cui l'impiego fosse effettuito.

comprendono nella società d'acquisti, e non dei mobili provenienti dalle rendite de'beni o industria del coniuge; perchè escludendosi i beni dalla *comunione*, s'intende averne *una*; ma di che si comporrebbe ella se non dei prodotti dei beni e dell'industria?

III. Escludendo dall' attivo della comunione i mobili, i coniugi escludono di pieno dritto dal suo passivo i debiti corrispondenti. Chi riserbasi proprî tutti i mobili presenti si grava di tutti i debiti presenti, e se esclude i suoi mobili futuri restano a suo peso i debiti delle donazioni e successioni.

Alcuni scrittori intanto, e specialmente Delvincourt e Battur (II-392), insegnano il contrario. Dicono essi, con tal dottrina la esclusione dei mobili sarebbe un caso uguale a quello di una società d'acquisti; se tal fosse il pensiero del legislatore, perchè avrebbe egli fatto due regole in due sezioni distinte, nel mentre era una sola sotto due nomi diversi? D'altro lato, siccome tutto ciò a cui non si è derogato dalle parti va soggetto alla comunione legale, ed i coniugi qui han composto altrimenti l'attivo, il passivo rimane composto come sempre. Come la clausola di *separazione di debiti* esclude il passivo senza modificare l'attivo, così la reciproca di *esclusione* di mobili deve restringere l' attivo senza modificare il passivo, solo quella di semplice comunione d'acquisti modifica in uno l'attivo ed il passivo. Il primo motivo non regge. La clausola di esclusione presenta delle volte il risultamento d'una stipulazione di comunione d' acquisti solo quando estendesi a tutti i mobili presenti e futuri ed è stipulata dai due coniugi; or siccome l'esclusione può anche riguardare i mobili presenti o futuri, o solo una parte di entrambi, o degli uni di essi, o alcuni mobili determinati, e può esser fatta da uno dei coniugi, o dall'uno meno estesamente e più dall'altro, ne segue che non è confusa nel Codice colla società di acquisti. L'argomento secondo è più strano e cade innanzi gli articoli 1511 e 1514 (TT). Nell'antico dritto erasi disputato se il coniuge il quale promette di mettere nella comunione una somma stabilita oppure determinati oggetti, e che toglie così dall'attivo comune tutti i mobili, non debba perciò gravarsi di tutti i suoi debiti anteriori al matrimonio. Lebrun insegnava del nò (1); ma confutavalo Pothier dicendo: « Se le Consuetudini gravano la comunione dei debiti mobiliari dei coniugi, anteriori al matrimonio, si è perchè fanno entrarvi tutti i loro beni mobili su i quali, secondo i principî dell'antico dritto francese, gravano tutti i debiti mobiliari. Ma se i coniugi han composto altrimenti la loro comunione, ed anzichè tutti i lor beni mobili vi han recato una determinata somma, o determinati corpi, si deve per una ragione inversa decidere che la comunione non debba gravarsi dei loro debiti anteriori al matrimonio, essendo questi un peso di tutti i beni: *Aes alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est* (n. 352) ». Il Codice ha consacrato tal dottrina di Pothier nell'art. 1511 (T)... Altra controversia è se la moglie che stipula la ricupera di ciò che ha conferito, possa esercitarla in altro modo che rimborsando alla comunione i debiti anteriori al matrimonio da questa pagati. Lebrun era pel sì (2); ma Pothier confutando tale idea dimostrava che i principî equi del dritto permettono alla moglie di ritogliere il suo attivo mobile, gravandosi dei debiti mobili che ne sono inseparabili, *quum bona non intelligantur nisi deducto aere alieno* (n. 411); tal dottrina è ugualmente consacrata dal Codice nell'art. 1514 (T).

Qual dubbio adunque? Come mai il coniuge che nulla reca alla comunione sarebbe sgravato dai suoi debiti, nel mentre colui che le reca una somma stabilita, e molta forse, resta gravato dei suoi? Come la moglie è dispensata di pagare i suoi debiti, allorchè essa nulla ha conferito, nel mentre

(1) Lebrun (lib. II, cap. III, sez. 3, lib. III, cap. II, sez. 2, dist. 5).

(2) Vedi la nota 1.

è obbligata a pagarli per potere riprendere i beni che ha recato? La legge adotta il principio ricordato da Pothier, essere i debiti mobiliari un peso che grava su tutti i mobili, e la dottrina di Delvincourt e Battur doversi rigettare (1). Il coniuge che esclude dunque tutti interi i suoi mobili, presenti e futuri, dovrà pagare tutti i suoi debiti presenti e futuri (i debiti futuri son quelli delle successioni e donazioni da raccogliersi); colui che esclude solo i mobili presenti o i futuri, o una parte degli uni o degli altri o di tutti e due, soffrirà i debiti presenti o i futuri o una parte di essi. Quei che esclude una tal somma o i tali oggetti non soffre parte alcuna di debiti.

IV.—La clausola di cui trattiamo, facendo eccezione al dritto comune, dovrà intendersi restrittivamente. Quando adunque un coniuge dice che si riserba *tutti i suoi mobili*, vorrà dire i mobili presenti; vero bensì che potrebbe comprendervi i mobili presenti e futuri; ma tra i due sensi bisogna attenersi al più ristretto. Per la ragione medesima l'esclusione del mobile da pervenire *per successione*, non si estende a quello che perverrebbe per *donazione*, *e reciprocamente*.

Ma non bisogna snaturare il vero senso della frase e restringerla oltre l'intenzione certa delle parti. Allorchè si è detto che i coniugi saranno in comunione *quanto ai beni mobili* ed *immobili che acquisteranno*, non si dirà con Pothier (n. 317) che la frase ha doppio senso; che le parole *essi acquisteranno* possano riferirsi ai mobili, o agli immobili, o solo a questi, *doversi* ammettere che i coniugi saranno in comunione in tutti i beni mobili (presenti e futuri) e per gli acquisti d'immobili, essendo questo il senso più conforme al dritto comune. La frase ha un sol senso, in cui le parole *che essi acquisteranno* si riferiscono necessariamente alla parola *beni* (mobili ed immobili) per forma che i mobili futuri sono i soli messi in comunione, proprî restando i presenti. Se dopo aver detto che il coniuge esclude il suo mobile o i suoi mobili, senza dir dippiù, era poi nel contratto qualche passo che chiaramente indicasse trattarsi di mobili presenti e futuri, la esclusione dovrebbe ammettersi per questi come per gli altri. Ma quando la volontà delle parti è ambigua, ed il contratto può significare sì questa che quella idea, si deve attenere al senso il più conforme al dritto comune.

Parliamo ora della clausola di collazione.

1501 (T).—Questa clausola costituisce il coniuge debitore verso la comunione della somma che ha promesso di conferirvi, e l'obbliga a giustificarne la collazione.

1502 (T).—La collazione è bastantemente giustificata riguardo al marito, colla dichiarazione apposta nel contratto di matrimonio che il suo *mobiliare* sia di un dato valore.

È bastantemente giustificata riguardo alla moglie, colla quietanza che il marito rilascia ad essa, od a coloro che l'hanno dotata.

1503 (T).—Ciascuno dei coniugi ha diritto al tempo dello scioglimento della comunione, di riprendere e prelevare il valore di quanto gli effetti mobili seco portati al tempo del matrimonio, o pervenutigli posteriormente, oltrepassava la sua quota posta in comunione.

SOMMARIO

I. Clausola di collazione. Essa non sempre si effettua, e quando sì, imperfettamente. Conseguenza.

II Essa rende debitore della somma il coniuge, che deve giustificare la sua liberazione. Come si faccia la pruova de' mobili che si avevano al tempo del matrimonio, e di quelli dopo pervenuti.

(1) Toullier (XIII-324); Duranton (XV-50); Zachariae (III, p. 514); Paolo Pont e Rodière (II-73).

7. Il coniuge deve garantire il mobile che proviene da parte sua; e se trattasi di crediti, bisogna che sieno stati pagati: differenza per la pruova tra il marito e la moglie. Il marito può imputare i suoi mobili deducendone i debiti.

I. — La clausola di collazione, diversa a quelle di cui si è parlato nell'art. 1500 (T), non produce sempre esclusione, e se mai una imperfetta. — Non ne produce, perchè escludonsi dalla comunione solo quei mobili del coniuge che oltrepassano la somma da lui promessa, e può ben darsi che tutti i mobili presenti e futuri non eccedano la somma, o non ne abbiano il valore. Se vi è un dippiù, questo non è colpito da una vera esclusione, nè diventa proprio; spetta come tutto il resto alla comunione, la quale è debitrice verso il coniuge d'una somma pari al valore del soprappiù. In tal caso il coniuge ha posto tutti i suoi mobili nei fondi sociali in pagamento del debito da lui contratto; la è una dazione in pagamento della somma da lui promessa; e la comunione acquista la proprietà di tutti i mobili salvo a renderne conto. Quando essa si scioglie, ed il valore dei mobili del coniuge oltrepassa la promessa somma, ritoglie il coniuge il valore del dippiù, e non può richiedere i mobili in natura, nè si può costringerlo a riprenderli: la comunione adunque si è fatta proprietaria di tali mobili, i quali per essa son cresciuti o diminuiti di valore.

II. — Per la convenzione di collazione il coniuge è debitore della promessa somma; per cui bisogna allo scioglimento della comunione che egli paghi tutta la somma o provi averla pagata coi suoi mobili entrativi in nome suo.

La giustificazione dei mobili recati al tempo del matrimonio può farsi (art. 1502 (T)) in modo assai semplice. Per quei della moglie basta la quitanza del marito o a quelli che l'hanno dotata, sia nel contratto o in un atto posteriore, si può anche convenire (ciò che si fa spesso) che il fatto del matrimonio valga quitanza (1): può il marito non consentire che si celebri il matrimonio pria che abbia ricevuto le cose promesse. — Per quei recati dal marito non si richiede quietanza, perchè non potrebbe farsi dalla moglie, non avendo qualità per rappresentare la comunione; il marito non può far certo quietanza a sè stesso. La legge si contenta quì della semplice dichiarazione del marito nel contratto: la moglie pria di firmare, o i suoi consulenti, la verificheranno se esatta (2). Essa inoltre potrebbe provare con testimonî che nell'intervallo dal contratto, in cui trovasi la dichiarazione, alla celebrazione del matrimonio, il marito abbia mutato i suoi mobili in immobili, e la comunione non abbia ricevuto i mobili che il marito sembra aver recato: la frode può sempre provarsi con testimonî *fraus omnia corrumpit*. Quanto reca il marito e la moglie potrebbe provarsi con altri mezzi. Il dire, come l'articolo 1502 (T), che tai mezzi proveranno *abbastanza*, importa che ve ne sono altri che proverebbero anche e con più energia. Certo un inventario steso specialmente *ad hoc* è l'atto che fra tutti prova di più; e la legge, non per escludere ma per dispensare dallo stato in buona forma di cui parla l'art. 1499 (1394 M), vuole una prova meno rigorosa. Quanto ai mobili venuti durante il matrimonio, i mezzi per giustificarli son regolati dalla nota disposizione dell'articolo 1504 (T) (3).

Si riteneva altra volta che i mobili ve-

(1) Rig., 19 gennaro 1836; Caen (3 maggio 1845) (Dev., 36, 1, 198; 45, 2, 536); Orléans, 29 maggio 1855 (Dall., 56, 2, 62). *Sic* Paolo Pont e Rodière (t. II, n. 89). Troplong (t. III, n 1967).

(2) Ma nel contratto di matrimonio la dichiarazione fatta dal marito di possedere mobili di tal valore consistenti in crediti, titoli, biglietti e danari disponibili, non basta a provare... quando poi allo scioglimento della comunione egli o i suoi rappresentanti presentano solo in prova che i biglietti, titoli e crediti, sono stati pagati, e d'una certa quantità di danaro versata nella comunione. Cass., 8 marzo 1852 (Dev., 52, 1, 497).

(3) Quando l'uno dei futuri coniugi, recando alla comunione un oggetto mobile di valore incerto, ha dato a questo un valore determinato e l'altro coniuge ha accettato lo stabilito valore, tal clausola costituisce un delitto che lega i coniugi o i loro eredi. — Parigi, 14 maggio 1853 (Dev., 54, 2, 729).

nuti durante il matrimonio, non contassero per soddisfare la promessa somma, la quale dovea torsi dai beni presenti; così i mobili venuti dopo entravano puramente nella comunione senza che si potrebbe dal coniuge nè volere il soprappiù del valore, se i due mobili riuniti oltrepassavano la promessa somma, nè fare a meno di compirne il pagamento, se i mobili del dì del matrimonio non bastassero (Pothier, n. 296). Delvincourt, Battur (II-338) e Troplong (III-1963) dicono dover esser così sotto il Codice; ma l'inesattezza di tale idea esce chiara sì dall'art. 1500 (T). nel cui secondo paragrafo il pronome *ne* si riferisce ai mobili presenti o *futuri*, di cui parla il precedente, e soprattutto dall'artic. 1503 (T) che dà facoltà al coniuge di ritogliere il dippiù del valore dei mobili da lui recati il dì del matrimonio, o *venutigli dopo*.

Se il contratto del matrimonio, allontanandosi dai principî dei nostri articoli, dicesse che il coniuge si obbliga a mettere in comunione coi suoi mobili presenti, un valore dei suoi mobili futuri, che devono puramente e semplicemente entrare nella comunione, tal clausola si eseguirebbe come qualunque altra che le parti stipuleranno; ma quanto alla regola di Pothier che sorge chiaramente dal paragrafo primo del suo articolo secondo (nn. 287-296), e secondo cui il coniuge in ogni convenzione di collazione può soltanto imputare sul valore da lui promesso alla comunione i mobili presenti, ella è oggi falsa in faccia ai nostri articoli; ed il Codice detta una regola affatto contraria (1).

I mobili devono stimarsi secondo il valore che aveano il giorno in cui entravano nella comunione e non secondo quello del dì dello scioglimento.

III.—Poichè la convenzione di collazione rende il coniuge debitore della somma da lui promessa, ne segue, ch'egli è garante verso questa dei mobili che dà in pagamento, e non si conterebbero a scarico di lui quelli di cui essa sarebbe evitta... Nella comunione legale il coniuge reca i suoi mobili in quanto gli son propri, e con quei dritti che ha sovr'essi; qui invece è la tal stabilita somma che bisogna pagare, e se si rivendica dalla comunione taluna delle cose avute, queste non pagheranno più la somma (Pothier, n. 302). Pei crediti bisogna, onde imputarli sulla somma, che fossero stati pagati alla comunione: ma tra il marito e la moglie bisogna fare una distinzione, spettando al marito di procedere e far pagare i crediti della comunione. Si presume che i crediti provenienti dalla moglie siano stati pagati, o che non lo sieno per non curanza del marito, finchè questi giustificherà le procedure fatte in tempo utile, e rimaste vane; così la moglie avrà solo da provare l'esistenza dei crediti. Per quei del marito deve questi invece far la prova per ottenere la imputazione, o con contro-quitanze, o in altro modo, che il pagamento si è fatto.

Dallo stesso principio che il marito è debitore in faccia alla comunione della somma promessa, siegue parimente che i debiti che gravano sui suoi mobili devono sostenersi da lui e non dalla comunione. Non vi è propriamente separazione di debiti nel senso che i creditori del coniuge non possono volgersi contro i beni della comunione: tutti i mobili del coniuge essendo entrati in essa, i creditori possono perseguirli. Ma il coniuge deve renderle conto dei debiti che essa ha pagati per lui; a dir meglio, se il mobile proviene dal coniuge si sconterà sulla promessa somma scemandone i debiti. Senza di ciò il preteso conferimento del coniuge non sarebbe reale, e la somma di cui va debitore non si pagherebbe.

1504 (T).—Il *mobiliare* che perviene a ciascheduno dei coniugi durante il matrimonio, deve risultare da un inventario.

Mancando l'inventario del *mobiliare* per-

(1) *Conf.*, Toullier (XIII-311); Duranton (XV-35); Zachariae (III, p. 523); Odier (II-754); Rodière e Paolo Pont (II-99).

enuto al marito, od un documento proprio a giustificare la sua preesistenza e alore, detratti i debiti, il marito non può gire all'oggetto di ripigliare il mobiliare edetto.

Se la mancanza d'inventario concerne il *mobiliare* pervenuto alla moglie, questa od i suoi eredi sono ammessi a provare, tanto con documenti, quanto con testimoni, ed anche col mezzo della pubblica fama, il valore di tali effetti.

I. — Tal disposizione applicata nella clausola di esclusione, ed in quella di collazione, è spiegata sotto l'art. 1499 (1394 M), numero III.

SEZIONE III.

DELLA CLAUSOLA DI MOBILIZZAZIONE.

1505 (T). — Quando i coniugi od uno di essi fanno entrare in comunione in tutto od *in parte* i loro immobili presenti o futuri, questa clausola si denomina *mobilizzazione*.

SOMMARIO.

I. Clausola di mobilizzazione. Essa può avere per effetto di stabilire, come quella di immobilizzazione, l'ugualtà fra i due coniugi.

II. Varie specie di mobilizzazione. Una di queste specie costituisce la comunione universale. Rimando per la confutazione di più errori.

III. La clausola di mobilizzazione è di dritto scritto: conseguenze: errore di Toullier e di Battur.

IV. Il suo effetto si restringe alla composizione dell'attivo della comunione. — Il minore può stipularla, come qualunque altra clausola.

I. — Siccome i coniugi possono restringer la comunione ordinaria, escludendone dall'attivo tutto o una parte dei loro beni mobili, che in tal modo sono *immobilizzati*, cioè assimilati agl'immobili, così possono del pari estendere la comunione oltre il comune dritto, col farvi entrare tutti, o una parte dei lor beni immobili, che saran così stimati mobili per la composizione dell'attivo sociale. Questo è il fine della clausola *di mobilizzazione*.

Le due clausole opposte d'immobilizzazione dei mobili, e di mobilizzazione degl'immobili saranno spesso pei coniugi i mezzi di stabilir tra loro un'uguaglianza, che per la condizione scambievole non risulterebbe dalla comunione legale. Di due coniugi, ciascun dei quali possegga 100,000 fr., in immobili l'uno, in mobili l'altro, mobilizzi il primo la metà dei suoi averi, ed il secondo immobilizzi la metà sua, ciascun di essi avrà messo in comune un ugual valore e ne serberà proprio un altro uguale, nel mentre l'adozione della comunione legale avrebbe ridotto a zero il patrimonio dell'uno, ed avria serbato all'altro per intero il suo di 100,000 franchi. Ma tali clausole debbono essere stipulate a tal fine; ed i coniugi non hanno da rendere conto del motivo che li ha fatto ad esse ricorrere, salvo l'applicazione, se fosse di bisogno, del dritto di riduzione riserbato dall'art. 1527 (T) ai figli che avrebbe l'un dei coniugi da un primo matrimonio.

II. — La mobilizzazione è generale o particolare. Generale, se ha per oggetto tutti o una parte sia degl'immobili presenti, sia dei futuri o di presenti e futuri.

Dicesi particolare quando ha solo per oggetto o tutti o una parte d'uno o di più immobili espressamente indicati, e non facendo di bisogno che l'indicazione sia individuale per essere speciale, sarebbe una particolare mobilizzazione l'indicar collet-

tivamente gl'immobili della tal provincia, della tal comune, o del tal cantone.

Ma val poco la distinzione di generale e particolare mobilizzazione. La sola distinzione di cui è mestieri intrattenerci è quella in mobilizzazione determinata ed indeterminata, ossia in perfetta ed imperfetta, come si vedrà nel seguente articolo.

Essendovi mobilizzazione perfetta di tutti gl' immobili, presenti o futuri, o l'uno e l' altro; a dir meglio dichiarando che tutti gl'immobili faran parte della comunione, tale stipulazione, se fatta nell'ugual modo dai coniugi, costituisce la *comunione generale* di cui la legge tratterà nell'art. 1526 (T). — Questa comunione di tutti i beni, la quale, dice un distinto scrittore (1), non deve confondersi colla clausola di mobilizzazione, è al contrario una delle specie di questa. Ciò è così vero che Pothier soltanto nel paragrafo *delle varie specie di mobilizzazione* (§ 1, n. 304) trattava della comunione di tutti i beni; e se il Codice, a cagione della sua importanza, ha creduto farne l' oggetto d' una special sezione, ciò (siccome lo riconoscono tutti gli scrittori) non muta la natura delle cose; e Mourlon indicando una pretesa differenza negli effetti delle due clausole, mette innanzi un grave errore. Nel mentre la clausola di comunione di tutti i beni fa entrar tutti gl'immobili nella comunione, e permette al marito di alienare quei della moglie, la semplice clausola di mobilizzazione che farebbe la moglie di tutti i suoi mobili, non ve li fa entrare, ei dice, e non permette al marito di alienarli. Or questo è un errore; tosto che la moglie ha col suo contratto mobilizzato tutti i suoi immobili, questi non le son più propri, ma beni comuni pari ai mobili di cui prendono fittiziamente la natura, ed il marito ha dritto di alienarli. Ritorneremo su tali idee, rilevandone poi una inesattissima di Demante, la quale par sia il principio dell'errore di Mourlon.

III. — La clausola di mobilizzazione essendo una convenzione che deroga al dritto comune, ne segue: 1° che non si può riconoscere se non dove è formalmente espressa; 2° che stipulata per un caso, non potrebbe estendersi ad un altro; 3° che deve interpetrarsi restrittivamente, in guisa che se può intendersi in due sensi, bisogna attenersi a quello che si allontana il meno dal dritto comune.

Nel mentre adunque vi è, siccome or lo vedremo, mobilizzazione (imperfetta) quando un coniuge dichiara *mettere i suoi immobili in comunione fino alla concorrenza d'una somma di...* non esisterebbe invece la mobilizzazione, se il coniuge dicesse soltanto che recherà *questa somma medesima da prendersi sopra i suoi immobili*, se non bastassero i mobili. In tal ultimo caso infatti gli immobili son solo indicati come obbligati al pagamento della somma; nè in alcun modo essi fan parte del fondo comune. Si può dire esservi mobilizzazione quando si è detto che i mobili si *mobilizzano*, ovvero *entrano nella comunione*, ovvero *assumono l'indole di beni della comunione (conquets)*. In breve quando il contratto in un modo qualunque (non essendovi espressioni sacramentali) manifesti che gl' immobili si riguarderanno come mobili per comporre l'attivo sociale (2).

Parimente se dicasi nel contratto che i beni immobili che perverranno *per successione* vanno nella comunione, la mobilizzazione non si estenderà a quelli che perverranno *per donazione*; *e viceversa*.

Da ultimo se un coniuge dichiari di mettere in comunione *tutti i suoi immobili*, senza aggiunger altro, tal clausola che può intendersi o per tutti gl' immobili *presenti*, od anche per tutti i *presenti o futuri*, qui si dovrà intendere nel primo senso.

(1) Mourlon (*Ripetizioni sul terzo esame*, pagina 83, par. 5).

(2) Giudicato parimente che sotto la regola della comunione ridotta agli acquisti, cioè sotto una regola che dalla comunione escluda gl'immobili presenti; l'estimo fatto da uno dei coniugi del valore di ciò che egli ha conferito in mobili ed immobili, non mobilizza gl'immobili presenti, nè li fa entrare nella comunione. Cass., 14 nov. 1855 (Dev., 56, 1, 11). — *Vedi* Paolo Pont e Rodière (t. II, n. 143); Odier (t. II, n. 804); Troplong (n. 1986).

Toullier (XIII-333), seguito in tal punto a Battur (II-395), ebbe a di lungo insegnato il contrario; ma i suoi argomenti, he Duranton crede troppo futili perchè i dovessero rigettare per singolo, non porebbero in fatti sostenere la disamina. Egli chiaro che qualunque derogazione al dritto omune deve ammettersi in faccia d'una olontà certa. Egli è chiaro inoltre che quando il coniuge dichiara di mobilizzare utti i suoi immobili, senz'altro, non si può esser certi se egli intenda parlare degl'immobili futuri, come anche dei presenti; la sua volontà certa per i presenti, è incerta e dubbiosa per gli altri; e siccome nel dubbio bisogna appigliarci al dritto comune, gl'immobili futuri rimarranno proprî. Ma se qualche frase posteriore del contratto spieghi la prima nell'altro senso; se si dica, a mò d'esempio, che si farà eccezione alla mobilizzazione degli immobili per quelli che debbono pervenire al coniuge dalla tale successione, allora non v'ha più dubbio che si vogliono anche mobilizzare gl' immobili futuri, i quali quindi andranno nella comunione, tranne quelli indicati per eccezione. Ma all'infuori di questo caso, usandosi le semplici parole *tutti gl'immobili*, si mobilizzeranno i soli presenti (1).

Ma si comprenderanno frai presenti quelli che un coniuge acquista nell'intervallo dalla firma del contratto alla celebrazione del matrimonio? Tal quistione è sorta solo per quelli acquistati a titolo gratuito, poichè questi, comprandosi dal coniuge in quello intervallo, son dichiarati comuni, anche sotto la comunione legale, dalla disposizione dell' articolo 1402-2 (T); ma *quid* per quelli che il coniuge raccoglierà in quel termine per successione o donazione? In principio, questi immobili saranno soggetti alla clausola e considerati per comuni. Dalla celebrazione del matrimonio incomincia la comunione ed ha effetto il contratto; or se il coniuge si marita senza aver immutato il suo contratto per gl'immobili pervenutigli, è ben semplice che egli intende mettere in comunione tutti gl'immobili *presenti* al momento stesso in cui questa comincia. Ma il principio non si potrebbe più applicare per una successione od un legato, la cui apertura s'ignora dal coniuge al tempo del matrimonio. Infatti allora non si può esser certi che il coniuge abbia inteso comprendere nella mobilizzazione tali immobili; nessun indizio della sua volontà si potrebbe ricavare dal non avere immutato il contratto, poichè egli non sapeva di dover possedere nuovi immobili: forse egli stimava riserbarseli proprî; essendo dubbio se egli abbia compreso negli immobili presenti quelli che gli sarebbero potuto appartenere al tempo del matrimonio, del pari che quelli che gli appartenevano nel giorno del contratto, non deve a questi ultimi applicarsi una clausola che deroga al dritto comune.

IV. — Non è d'uopo dire addippiù che la mobilizzazione trasmette fittiziamente i beni per ciò che riguarda la composizione della comunione, e che gl'immobili mobilizzati conservano la loro vera natura di beni immobili, sotto qualunque altro rapporto, ed anche per rispetto alle regole della loro alienazione per parte del marito. Così il marito non potrebbe (se non per il collocamento di figli comuni) donargli fra vivi; egli non potrebbe sostenere che l'art. 1422 (T) parla solo d'immobili, nel mentre che questi beni han perduto questa qualità di immobili, entrando nella comunione, ove stanno a titolo di mobili. I beni si reputano mobili per ciò solo che divengono comuni, invece di restar proprî; ma questi sono i beni comuni immobiliari.

Parimente il minore può fare nel suo contratto di matrimonio una convenzione di mobilizzazione, come qualunque altra. Le difficoltà sorte per ciò nell'antico dritto, e le condizioni o restrizioni a cui tal facoltà è stata soggetta (2), non potrebbero oggi aver più luogo, stante l'art. 1398 (1352).

(1) Delvincourt (t. III); Duranton (XV-57); Zachariae (III, p. 529); Bellot (III, p. 112); Odier (II-805); Rodière e Paolo Pont (II-143); Duvergier (sopra Toullier); Troplong (III-1986).

(2) Ricard (sopra l'art. 200 della *Consuetudine di Parigi*); Bacquet (*Dritto di giust.*); Duplessis (*Comunione*, lib. 1, cap. 2), Pothier (n. 306).

Il minore, purchè assistito da coloro il cui consenso gli è necessario per maritarsi, può consentire, come il maggiore, tutte le convenzioni di cui è suscettibile il contratto di matrimonio (1).

1506 (T). — La *mobilizzazione* può essere determinata o indeterminata.

È determinata quando il coniuge ha dichiarato semplicemente di *mobilizzare* e di porre in comunione un dato immobile nella sua totalità, o sino alla concorrenza di una data somma.

È indeterminata quando il coniuge ha semplicemente dichiarato di conferire nella comunione i suoi immobili sino alla concorrenza di una data somma.

1507 (T). — L'effetto della *mobilizzazione* determinata è quello di rendere lo immobile o gli immobili che vi sono assoggettati, beni della comunione, come i mobili stessi.

Quando l'immobile o gl' immobili della moglie sono stati *mobilizzati* nella totalità, il marito ne può disporre come degli altri effetti della comunione, ed alienarli per intero.

Se l' immobile non è *mobilizzato* che per una data somma, il marito non può alienarlo che col consenso della moglie; può però ipotecarlo senza il di lei consenso sino alla concorrenza soltanto della porzione *mobilizzata*.

1508 (T). — La mobilizzazione indeterminata non rende la comunione proprietaria degl'immobili che vi sono stati assoggettati; il suo effetto si limita ad obbligare il coniuge che vi ha acconsentito a fare entrare nella massa, allorchè la comunione si scioglie, alcuni dei suoi immobili sino alla concorrenza della somma da lui promessa.

Non può il marito, come nell'articolo precedente, senza il consenso della moglie alienare in tutto, od in parte gli immobili, sopra i quali è stabilita la *mobilizzazione* indeterminata, ma può ipotecarli sino alla concorrenza di tale *mobilizzazione*.

1509 (T). — Il coniuge che ha *mobilizzato* un fondo, ha la facoltà nell'atto della divisione di ritenerlo, computandolo nella di lui porzione per il valore attuale; e i di lui eredi hanno lo stesso diritto.

SOMMARIO

I. Distinzione della mobilizzazione in determinata ed indeterminata. Essa è stata mal presentata da Pothier, benchè in sostanza poi sia esatta la sua dottrina.
II. I nostri compilatori, che non la compresero bene, l'applicarono malamente nell'articolo 1506 (T), il quale d'altronde vien contraddetto dagli art. 1507, 1508 (TT).
III. Dottrina degl'interpreti. Confutazione del sistema di Rodière e Paolo Pont e di Troplong, non che di quello di Demante.
IV. Elenco e schiarimento delle proposizioni già incidentemente spiegate.
V. Effetti della mobilizzazione determinata e perfetta.
VI. Effetti della mobilizzazione indeterminata e imperfetta.

I. — Le idee porte in questi articoli e nei lavori che precessero o ne accompagnarono la compilazione, sono così mal pensate, così illogiche ed incoerenti, quanto altre mai.

La distinzione della mobilizzazione in *determinata* ed *indeterminata* ha fatto che il Codice, secondo Pothier, stabilisse i vari effetti della clausola che forma lo oggetto della nostra sezione. — Dobbiamo

(1) Pothier (n. 306) e Delvincourt (t. III. p. 81); Bellot (t. III, p. 131); Duranton (t. XIV, n. 14); Rodière e Paolo Pont (t. II-n. 134); Maguin (*Minore età*, t. II, nn. 1172, 1173); Frèminville (*idem*, n. 960).

ınque determinare in prima il carattere le distingue queste due classi di mobilizzazione ; ciò che non trovasi in modo ıddisfacente nè nel Codice, nè nei lavori 'eparatori e nemmeno in Pothier. Questi, ıpo aver distinto la mobilizzazione genele e particolare, nel suo numero 304 ırla della prima ; dopo, definendo nel . 305 la particolare, aggiunge che *tal mobilizzazione* è determinata o indeterminaı; in modo che un primo e capitale vio della sua spiegazione sta nell'aver lasciato fuori di quella distinzione le mobilizazioni generali e presentato le mobilizazioni determinate ed indeterminate come na semplice suddivisione delle particolari. l *questo primo* vizio un secondo vien doo, *per* cui le idee dello scrittore si conaddicono colla sua prima frase ; poichè opo aver detto la mobilizzazione essere eterminata, se il coniuge *mette nella co- unione il tale o il tal altro immobile*, ggiunge essere indeterminata se il conıge *mette in comunione* I SUOI BENI IMIOBILI *sino alla tal concorrenza, o una leterminata somma da prelevare* SOPRA I UOI IMMOBILI, *i quali fino alla concorenza si reputeranno beni della comuione*. Or dalle spiegazioni dello stesso othier sorge chiaro, e d'altronde è per stesso manifesto, che mettendo così geeralmente in comunione *i suoi beni imobili*, ciò importerebbe una mobilizzaone generale; in guisachè Pothier porge distinzione delle mobilizzazioni determiale ed indeterminate, come suddivisione elle *particolari*, e per l'incontro spiega opo quella indeterminata con esempi di obilizzazioni *generali*. E per vero la diisione delle mobilizzazioni determinate ed ndeterminate abbraccia quelle generali e articolari. ed egli stesso lo riconosce oche pagine dopo, trattando nel suo III° aragrafo (n. 307) degli effetti delle moilizzazioni determinate *sì generali che paricolari*. Parimente nel suo IV paragrafo n. 313) spiega gli effetti della mobilizazione indeterminata *generale*; e nemmeno cenno di quella indeterminata particoare.

Strana spiegazione che comincia col far credere che le mobilizzazioni determinate e indeterminate sieno tutte *particolari*, e che nello sviluppo c'insegna esservi mobilizzazioni determinate *generali*, non che particolari, ed anche delle indeterminate *generali*; e che farebbe anche supporre che non esista la indeterminata particolare!... Pothier infatti spiega la determinata generale e la particolare, l'indeterminata generale ; ma in nessun luogo si è occupato dell'indeterminata particolare, ed appunto tal silenzio diè origine alla bizzarra teoria del Codice Napoleone.

Eppure dobbiamo riconoscere che se la dottrina di Pothier è così viziosa in quanto alla forma, in sostanza è poi esatta non solo, ma ben'anche facilissima ad apprendersi. Da un canto infatti, non v' ha dubbio che Pothier ammette la mobilizzazione indeterminata particolare (benchè non si dia la pena di svolgerlo), poichè appunto di essa egli diceva: *È determinata o indeterminata*. Dall' altro, sorge chiaro che egli chiama mobilizzazioni determinate quelle che mettono gl'immobili in comunione puramente, semplicemente ed assolutamente; ed indeterminate quelle che ve li mettono fino alla concorrenza d' una determinata somma. E ciò è ben giusto; poichè se gli immobili sono dichiarati comuni in sè stessi, assolutamente, senza restrizione alla tal somma o valore, si sa immediatamente che cosa diventa comune: l'immobile o gli immobili che formano l' oggetto della dichiarazione; la clausola adunque determina quali cose sono mobilizzate, ed in tal caso havvi mobilizzazione determinata. Per l'incontro, se gl'immobili son dichiarati comuni fino alla concorrenza di tal somma, restando quindi propri dei coniugi per la parte del loro valore eccedente, egli è impossibile di distinguere e separare ciò che divien comune e ciò che resta proprio, e mostrare da un lato i beni della comunione e dall'altro quelli dei coniugi; in tal caso la clausola, facendo desiderare ciò che essa non fa, non determina la cosa mobilizzata, e la mobilizzazione quindi è indeterminata...

Tali idee contenute dentro alla dottrina di Pothier, non gli sono però proprie. Esse erano unanimemente riconosciute da tutti i nostri antichi giureconsulti; e Renusson e il Novello Denizart (1), conformi a Pothier nella sostanza, ma più chiari nel dettato, dichiarano indeterminata qualunque mobilizzazione fatta fino alla concorrenza d'una somma, come pure quella che riguardi più immobili o un solo o tutti gl'immobili. E noi insistiamo sopra gli scritti di Pothier per questo doppio motivo: perchè egli fu preso di guida dai nostri compilatori, ed in lui possiam trovare (e troviamo infatti) la causa e la spiegazione della strana compilazione dei nostri articoli; e perchè la cattiva esposizione di Pothier, potendo divenire una causa d'errore, un'arme contro la verità per coloro che non la esaminino sufficientemente (come Troplong), è indispensabile che se ne analizzi accuratamente tutta la dottrina, per farne spiccare il senso.

È semplice ed esatta la dottrina del giureconsulto d'Orléans, benchè mala espressa. Il mobilizzare mobili puramente e semplicemente, importa mobilizzare DETERMINATAMENTE; se io mobilizzo il mio immobile A, o i miei immobili A e B, o i miei immobili del tal cantone, della tal comune, ec., è questa mobilizzazione *determinata particolare*; se io mobilizzo in tal modo tutti i miei immobili (presenti soltanto o futuri, o presenti e futuri), è questa mobilizzazione *determinata generale*. Tutte le volte invece che io mobilizzo immobili fino alla tal concorrenza, la mobilizzazione è INDETERMINATA, ed è anche *indeterminata* generale o *indeterminata* particolare secondo la sopraddetta distinzione.

II. — Era dunque ben facile ai compilatori del Codice esporre una teoria chiara, riproducendo più correttamente le idee di Pothier (ed in modo anche più completo: poichè havvi un'ultima quistione non prevista nè da Pothier nè dal Codice, che può solversi coi principî sopraddetti). Ma i compilatori eran pratici e non giureconsulti, più usi alle idee di applicazione e di ragguaglio, che alle generali, da cui procedono le prime; ed invece di vedere nelle spiegazioni della lor guida tali idee generali, i principî che sono il fondamento della sua dottrina, vi han solo visto e compreso quelle, direi, materializzate dagli esempi. Ed avendo Pothier svolto in tal modo solo la mobilizzazione determinata generale e la particolare, e la indeterminata generale, senza far rispiccare del pari la mobilizzazione indeterminata particolare, i nostri compilatori non han compreso quest'ultima, ed han fatto della clausola che mette in comunione il tale immobile fino alla concorrenza di una somma di..., una mobilizzazione determinata. « La mobilizzazione è determinata, dice l'art. 1506 (T), quando il coniuge ha dichiarato di mobilizzare il tale immobile nella sua totalità o fino alla concorrenza di una certa somma ». Ma i nostri compilatori si son poi smentiti confutando *le parole* da essi usate, *per le cose* stesse che bisognavano dimostrare... Infatti, allato della definizione *verbis* dell'art. 1506 (T), il Codice negli articoli 1507 e 1508 (TT) ci dà una definizione *ipsa re* che mostra esser falsa la prima.

Secondo l'articolo 1506 (T) vi sarebbe mobilizzazione determinata: 1° quando uno o più immobili son posti per *intiero* nella comunione (2); 2° quando un *immobile* vi è posto fino alla concorrenza di una determinata somma; vi sarebbe mobilizzazione indeterminata quando il coniuge mette in comunione *i suoi immobili* fino alla concor-

(1) Renusson (*Beni propri*, cap. 6, sez. 8, n. 16); Novello Denizart (alla parola *Mobilizzazione*, n. 3).

(2) Nel sistema del Codice la mobilizzazione determinata dalla prima classe può abbracciare tutti gli immobili od un solo; a dir meglio può esser generale e particolare; e solo la pretesa mobilizzazione determinata dalla seconda classe, secondo tal sistema, sarebbe sempre particolare. Se ne ha la prova nei tre paragrafi dell'articolo 1507 (T), di cui i due primi, relativi alla mobilizzazione della prima classe, parlano del suo effetto *sull'immobile* o *gl'immobili*, nel mentre l'ultimo, relativo alla mobilizzazione della seconda classe, parla d'un solo immobile. Confuteremo poi la contraria teoria di Demante, secondo cui la mobilizzazione determinata dalla prima classe deve egualmente esser particolare.

renza di una data somma.

Tale è la definizione secondo le parole. Vediamola ora secondo le cose, e se la mobilizzazione di un immobile fino alla concorrenza di una somma di... sarà anche determinata.

Che ne dicono gli art. 1507 e 1508 (TT)? « La mobilizzazione *determinata* è quella che rende la comunione proprietaria degli immobili, come se fosser mobili, per cui permette al capo della comunione di alienarli (1507, § 1 (T)). La mobilizzazione *indeterminata* invece, non rende proprietaria la comunione; non permette al capo di alienare i beni, ma l'autorizza ad ipotecarli (1508 (T)).

« Or quando un immobile è mobilizzato *fino alla* concorrenza di una somma di..., la comunione non ne è proprietaria, il suo capo non può alienarlo ma solo ipotecarlo (1507, § 3 (T))... » Si può più chiaramente stabilire che mettendosi in comunione un immobile fino alla concorrenza di una somma di... si fa una mobilizzazione *indeterminata?*

In poche parole, la mobilizzazione di cui *trattasi è qualificata* dal Codice mobilizzazione determinata, ma *realmente*, secondo lo stesso Codice, è indeterminata, come lo dice il buon senso ed i principî di Pothier e di altri antichi scrittori.

Se strana è la contraddizione su tal punto dei compilatori, non lo è meno il modo con cui lo trattarono gli oratori officiali, quando si adottò la legge. Berlier nella sua esposizione dei motivi (1) non ne parla, come nemmeno della comunione convenzionale, e dice che le disposizioni che la compongono saran tutte *facilmente capite* e basterà a farle intendere ed apprezzare *la sola lettura!* Duveyrier nel suo rapporto al Tribunato è in vero più esplicito; ma la sua pretesa analisi è peggiore del silenzio di Berlier. Dopo aver detto potersi mobilizzare o tutti gl'immobili o una parte, soggiunge (2): « La mobilizzazione è una *finzione* con cui i coniugi possono *mettere in comunione una somma stabilita* da prendersi sovra l'immobile determinato, o senza determinazione sù tutti gl'immobili in generale. *Allora la cosa mobilizzata è a disposizione del marito*, padrone della comunione, come qualunque altra cosa mobiliare!!! » La strana analisi di Duveyrier, tuttochè versi sulla determinazione ed indeterminazione, nota poi le mobilizzazioni indeterminate, dando alla mobilizzazione l'unico scopo di mettere in comunione una determinata somma; e come fosse poca questa prima eresia, egli crede che la mobilizzazione così fatta per una determinata somma abbia un effetto che non può avere, e che i due art. 1507 e 1508 (TT) esplicitamente le ricusano!..

III.—Quanto agli interpreti del Codice, gli uni (3), senza abbastanza spiegarsi su ciò, han pari a noi criticato le contraddittorie disposizioni dei nostri articoli e riconosciuto che la mobilizzazione del tale immobile sino alla concorrenza di una somma di..., benchè qualificata determinata è realmente indeterminata; ma altri, Rodière e Paolo Pont e Troplong, han preteso giustificare i nostri articoli provando che la mobilizzazione suddetta è davvero determinata; finalmente Demante non solo rigetta la falsa distinzione dell'artic. 1506 (T), ma colla sua spiegazione la rende più inesatta che non sia nel Codice.

Paolo Pont e Rodière (II, 149, 150 e 163) e poi Troplong (III-1990 e 2000) han fatto sforzi degni d'una miglior causa per difendere l'articolo 1506 (T), giustamente censurato. Secondo essi, con discernimento i nostri compilatori distinsero in due classi le mobilizzazioni determinate, e mutarono in mobilizzazione determinata di seconda specie quella particolare presentata altre volte come indeterminata.—L'han fatto, dicono essi, perchè da un lato il mettere in comunione fino alla concorrenza di una determinata somma uno o più immobili *specialmente indicati*, presenta una mobilizzazione che senza essere perfettamente de-

(1) Fenet (t. XIII, p. 679, 680, 742).
(2) Fenet (*ibid*).

(3) Toullier (XIII, 329); Duranton (XV, 62); Zachariae (III, p. 528); Odier (II, 802).

terminata, lo è molto più di quella che mette in comunione fino alla concorrenza di una somma di. . . *tutti gli immobili dei coniugi*; e perchè da altro lato la mobilizzazione d'un immobile *per una determinata somma* non distinguesi dalla mobilizzazione (incontrastabilmente determinata) dello immobile *per una parte* (un terzo, un quarto, ec.); e che i due modi si confondono, e il Codice ha voluto pareggiarli. Del resto, aggiungono, tal sistema *prevaleva già negli ultimi tempi dell'antica giurisprudenza*, e tale era specialmente *la dottrina di Pothier* (Troplong). Dicono finalmente, non essere esatto pretendere che la mobilizzazione determinata della seconda specie produca, secondo il Codice, lo stesso effetto della indeterminata, perchè l'articolo 1507 (T), § 1°, dichiara che ogni mobilizzazione determinata, quella della seconda specie, come quella della prima, rende la comunione proprietaria, e perchè l'art. 1508 (T) chiaramente esprime come la mobilizzazione indeterminata non produca tale effetto. Qual dovere di commentatore adunque, bisogna accettare i termini della legge, prenderla tale quale è, spiegarla anzichè rifarla.

Ciò non è esatto in nessun punto. Non è vero infatti che i compilatori abbiano scritto l'articolo 1506 (T) affine di recare un logico mutamento all'antica dottrina, ed implicitamente e identicamente regolare colla mobilizzazione di un immobile per una somma la mobilizzazione di esso per una parte. È chiaro invece, secondo le sopradette spiegazioni, che nè essi, nè i membri del Tribunato han compreso i principî della nostra materia; e snaturarono il sistema di Pothier in un punto che non fu rilevato come gli altri, con esempî, per cui si trovarono senza guida, senza luce; e nulla dissero della mobilizzazione di un immobile per una parte, perchè Pothier non ne avea detto cosa alcuna.

È chiaro d'altra parte, che se la mobilizzazione per una determinata somma di un immobile specialmente indicato è *meno indeterminata* di quella di tutti gl'immobili, è sempre indeterminata, differentemente dalla mobilizzazione di uno immobile per una parte; essa, come lo dice Toullier (numero 330), si riferisce ad una parte *determinata* dello immobile determinato, mentre la prima si riferisce ad una parte *indeterminata* dell'immobile determinato. Lo stesso Troplong, nelle pagine in cui combatte tal verità, la fa invece ben rispiccare (n. 2000). Dopo aver detto che se un immobile mobilizzato *fino alla concorrenza* di 20,000 fr. ne vale 60,000, è per ciò mobilizzato per un terzo, e la comunione ne ha la proprietà *per questo terzo*, per forma che i due modi di mobilizzazione sono una cosa stessa, aggiunge egli che il primo è da preferirsi, essendo possibile che si formino i fr. 20,000 col vendere MENO DEL TERZO (come anche potrebbe reciprocamente accadere, secondo le circostanze, vendendosi *più del terzo*). S'egli è così, se la vostra mobilizzazione d'una parte d'uno immobile lo mobilizza forse per *un quarto* e forse *per metà*, come dite dunque che sia la cosa medesima d'una mobilizzazione *fatta per un terzo*? Non *determinando* la vostra clausola ciò che diverrà mobile e ciò che resterà immobile, come dite che la è mobilizzazione *determinata*? - Troplong non si spiega più felicemente, allorquando dice (n. 1990) che la sua dottrina era *quella di Pothier e l'opinione prevalente negli ultimi tempi dell'antica giurisprudenza*.

Il sapiente magistrato, sì abbondante e ricco di particolari, qui ci rinvia per la prima asserzione al n. 313 di Pothier, e per la seconda al n. 8 dell'articolo *mobilizzazione* del Repertorio di Merlin. Ma da nessuna parola del n. 313 si può dedurre l'annunziata dottrina, ed il n. 8 dell'articolo del Repertorio (ove dovrebbero *trovarsi* le indicate autorità costituenti l'*opinione dominante*) non è altro che la riproduzione testuale dello stesso n. 313 (1).—Non è vero da ultimo che il fine della mobi-

(1) Il n. 313 di Pothier contiene, è vero, su di un punto una dottrina che apporta un cambiamento alle precedenti idee, ma non può esser quella a cui allude Troplong; perchè essa non si riferisce

lizzazione, falsamente detta determinata dall'art. 1506 (T), sia diverso da quello della mobilizzazione indeterminata; il testo invocato da Rodière e Paolo Pont e da Troplong confuta il loro sistema. Dice il Codice che ogni mobilizzazione determinata rende la comunione proprietaria, come se si trattasse di mobili, e le permette di alienare (art. 1507 (T), par. 1), nel mentre la mobilizzazione indeterminata non la rende proprietaria, e dà al suo capo il solo dritto d'ipotecare e non di alienare (articolo 1508 (T)); ma giusto da ciò è condannata l'idea dei nostri contraddittori, poichè la mobilizzazione di cui trattiamo non rende la comunione proprietaria, e non dà al suo capo *il* dritto di alienare, ma solo quello di *ipotecare*! È dunque indeterminata.

Invano qui si ricorre ad una sottigliezza che altro non è che accozzamento di parole; ma tale espediente vien meno come gli altri.

Si dice che se i dritti della comunione hanno nei due casi *lo stesso effetto*, son pure *in sè molto diversi*; infatti nel caso dell'articolo 1508 (T) tal comunione non è dichiarata proprietaria, mentre l'articolo 1507 (T), paragr. 3, nulla ne dice, lasciando alla comunione il dritto di proprietà derivante dall'essere determinata la mobilizzazione... È da senno tal idea? Che! ne' due casi la facoltà consiste nè più nè meno *in potere ipotecare*, *e non già alienare*, e si ammetterebbe non essere identica dall'uno all'altro caso! Da un lato sarebbe essa dritto di credito, e dall'altro dritto di proprietà! Un siffatto sistema non può affatto prevalere. La facoltà di cui parliamo, maggiore di un dritto di credito ordinario, minore d'un dritto di proprietà, è identica da una parte e dall'altra, e la regola è la stessa nei due casi.

Se dubbio ancor potesse sorgere, basterebbe il dare uno sguardo ai lavori preparatori per esserne convinti e gettare un'ultima luce sulla quistione... I compilatori infatti non aveano concepito il sistema dei tre modi di mobilizzazione e del loro effetto, quale è oggi.

La mobilizzazione determinata della prima specie e della seconda erano nel progetto quali oggi; ma la obbligazione indeterminata non vi produceva l'attuale effetto, perchè il secondo par. dell'art. 1508 (T) non era scritto. In tale stato, i tre casi di mobilizzazione potevan distinguersi: il primo dava alla comunione un dritto di proprietà; il secondo un dritto che si avvicinava ad essa permettendo di costituire un'ipoteca; il terzo produceva un semplice dritto di credito, non permettendo nè l'ipoteca, nè l'alienazione. Ma il Tribunato, allorchè l'ebbe comunicato, vide che il secondo ed il terzo caso di mobilizzazione erano uguali del tutto, e propose l'aggiunta del secondo paragrafo dell'art. 1508 (T),

nè anche alla specie di mobilizzazione che trattiamo (ma solo alla indeterminata di tutti gl' immobili), e d'altronde il Codice rigetta tal dottrina. Il solo punto a cui Troplong ha potuto alludere, è l'idea molte volte cennata da Pothier in questo n. 313, che la mobilizzazione che un coniuge fa di tutti i suoi immobili indeterminatamente, cioè fino alla concorrenza di una data somma, si muta in mobilizzazione determinata, quando poi si specifica uno o più di tali immobili per entrare nella comunione e pagarle la promessa somma. Troplong forse crede che tal mutamento è nella mente di Pothier, non solo quando con la nuova dichiarazione *lo* immobile o gl' immobili specificati sono puramente o assolutamente mobilizzati, ma anche quando lo sono, come lo erano in pria tutti gl'immobili generalmente, fino alla concorrenza della *stabilita* somma; seguirebbe da ciò che Pothier riguardasse la mobilizzazione come determinata, anche quando fatta sino alla concorrenza della somma, riguardando uno o più immobili specialmente indicati, anzichè tutti. Ma tale idea non è affatto da ammettersi. Se Pothier avesse voluto allontanarsi dalla dottrina fino a lui seguita, ne avrebbe dato qualche ragione o almeno indicata la divergenza; ma egli dichiara la sua idea come richiamo d'altre incontrastate; usa espressioni analoghe a quelle del suo n. 307 (immobili *che divengono effetti della comunione*, immobili *che entrano nella comunione*), il che mostra aver voluto parlare nell'un caso come nell'altro d'una mobilizzazione propriamente detta. Finalmente oltre alle molte considerazioni secondarie che menano allo stesso risultamento, ciò è perentorio: se la mobilizzazione fatta per una certa somma fosse determinata, perchè riguardi uno o più immobili specificati, e fosse indeterminata, in quanto riguardi su tutti gli immobili in generale, la mobilizzazione indeterminata sarebbe sempre generale; or non era tale la dottrina di Pothier, poichè egli ci presenta la mobilizzazione particolare divisa in determinata ed indeterminata (n. 305).

(che poi fu adottata), dicendo che bisognava stabilirsi la *stessa regola* per le due ipotesi (Fenet, p. 515 e 615). Supponendo che la disposizione dell'art. 1506 (T) fosse da accogliersi nel progetto, non lo è più ora dacchè i compilatori riformandolo han sottoposto alla *STESSA REGOLA* la mobilizzazione indeterminata, e la pretesa determinata della seconda specie.

Rodière e Paolo Pont e Troplong han tentato di giustificarla, ma indarno; e il dire che noi vogliamo rifare la legge, anzichè spiegarla, mena al falso, poichè noi prendiamo la legge *tal quale è*, ed il Codice confuta coi suoi art. 1507 e 1508 (TT) la disposizione del suo art. 1506 (T).

Demante ancora, riconoscendo che l'articolo 1506 (T) è l'effetto d'una confusione che bisogna evitare (*Programma*, III, 109), accetta la sua disposizione, ma snaturandola per darle un senso più falso. Dice egli: « nel senso del Codice Napoleone, la mobilizzazione determinata è di due sorta: 1° la mobilizzazione *d'uno o più immobili determinati* per intiero; 2° la mobilizzazione d'uno o di più immobili *determinati*, fino alla concorrenza d'una certa somma... La mobilizzazione determinata *è quella che abbraccia tutti gli immobili* (nn. 170 e 171) ». Secondo siffatta strana dottrina, la mobilizzazione determinata ed indeterminata potrebbe altrimenti dirsi particolare e generale. Sarà determinata la mobilizzazione quand'è particolare; indeterminata quand'è generale. Un tal sistema invero non è da confutarsi; basta una sola quistione, ove debbasi collocare in tal caso la clausola per cui mobilizzo puramente, assolutamente e senza alcuna restrizione *tutti i miei immobili presenti* per la tal somma o valore, e ne vedremo palpabilmente la inesattezza...

Egli è per fermo impossibile che l'immobilizzazione indeterminata *non renda proprietaria la comunione*, che permetta solo d'ipotecare gl'immobili *fino alla concorrenza della somma promessa* e di costringere il coniuge a mettere nella massa alcuni di questi immobili fino alla concorrenza *di tal somma promessa*. Or nel sistema di Demante, questa sarebbe una mobilizzazione determinata, poichè secondo lui, può esser determinata la sola mobilizzazione particolare, quella che versa sopra uno o più immobili specialmente indicati e non su tutti gl'immobili. Qual sarà adunque la mobilizzazione generale, senza una determinata somma?... Demante, prevedendo la quistione, ha detto che *in mancanza* di tale determinazione di somma, la clausola stabilirà soltanto una comunione universale. Ma tal risposta, da cui par fosse ingenerato il grave errore di Mourlon, non è più felice del sistema che vuol proteggere; poichè se qualunque clausola di comunione universale è una delle specie della mobilizzazione, è una mobilizzazione generale determinata, non è poi vero che qualunque mobilizzazione generale determinata costituisca reciprocamente la comunione universale. Questa comunione esiste solo quando il contratto mobilizza tutti gl'immobili *dei coniugi*. Se io dunque mobilizzo tutti i miei immobili, senza che il mio coniuge mobilizzasse i suoi, come si potrebbe porre la mia mobilizzazione sotto la falsa teoria di Demante?... In nessun luogo, e questa semplice osservazione basta per abbattere il singolare sistema del dotto professore.

Esso per altro non può, come quello di Rodière e Paolo Pont e di Troplong, scusarsi colla redazione cattiva, ma formale, della legge; poichè il medesimo testo del Codice gli è contrario. Da un lato infatti, l'articolo 1506 (T) dice che la mobilizzazione è indeterminata, se il coniuge abbia messo in comunione i suoi immobili *fino alla concorrenza di una determinata somma*, indicando con ciò che sarà determinata se gl'immobili si mettessero in comunione assolutamente, totalmente, senza restrizione ad una data somma. Dall'altro, l'art. 1508 (T) § 2° dice determinata, senza distinguere se si faccia o no designazione speciale di beni, quella mobilizzazione che mette in comunione tutti *gl'immobili* della moglie, cioè senza restrizione ad una somma di...

IV. — La mobilizzazione determinata in somma (a cui si potrebbe dar facilmente

un nome che meglio la spiegasse, togliendo ogni equivoco) è la vera mobilizzazione, che fa realmente entrare in comunione gli immobili, come i mobili, e che quindi li mobilizza. L' altra non è propriamente una mobilizzazione, poichè la comunione non ne è padrona, nè può disporre degli immobili.

La distinzione delle mobilizzazioni in determinate ed indeterminate, o a meglio dire in *perfette* ed *imperfette*, è del tutto indipendente dalla loro divisione in generali e particolari. E ciò è ben ragionevole, poichè la natura del dritto che io conferisco alla mia comunione non dipende in nessun modo dal farvi entrare uno o più immobili *specialmente* indicati, o tutti i miei immobili. Io posso dare alla comunione un intiero e vero dritto di proprietà, su tutti i miei immobili, come un dritto minore, sopra un solo immobile.

Inoltre la mobilizzazione di una parte di uno o più immobili sta sotto la stessa regola che quella di uno o più immobili intieri. Così, se io dichiaro di mettere in comunione, assolutamente e senza restringermi ad una somma, ma solo per un terzo, questo o quelli immobili, o tutti i miei immobili, la mobilizzazione sarà perfetta, come sarebbe imperfetta se io avessi dichiarato di metterli in comunione fino alla concorrenza della tal somma.

Delvincourt (t. III), Rodière e Paolo Pont (II-165), e Troplong (III-2005) si oppongono a tal dottrina, insegnando che qualunque mobilizzazione di una parte è sempre necessariamente indeterminata, imperfetta; ma la loro opinione è sfornita di qualunque sodo motivo, o almeno specioso. Parimente se io metto in comunione, puramente e senza restringermi ad una determinata somma, la mia casa A, ne rendo proprietaria la comunione; così pure, se metto in comunione all'istesso modo il terzo della mia casa A, io la rendo proprietaria del terzo di essa, cioè comproprietaria con me, a cui son rimasti gli altri due terzi; e la comunione in tal caso, come un chiunque a cui io abbia venduto, donato od altrimenti alienato questo terzo della casa, può alienarlo, senza previo mio permesso... Questo punto inoltre, non trattato da Pothier (e quindi nemmeno dai nostri compilatori), fu risoluto nel nostro senso dagli antichi scrittori, i quali chiamando *indeterminata* la mobilizzazione d'un immobile fino alla concorrenza di una somma, annoverarono quella di una data parte di un immobile fra le *determinate*, le quali trasferiscono alla comunione la proprietà della cosa mobilizzata e la piena facoltà di alienarla (Novello Denizart, *loc. cit.*)... Qui infatti nemmeno ha luogo lo stesso dubbio; poichè quegli a cui si trasferisce un terzo o un quarto di un immobile, è intieramente padrone di alienarlo, come meglio gli piace. Così si applicano i principî i più fondamentali, nè vi si potrebbe derogare senza un testo formale; ma dove ritrovarlo?... A ragione dunque la contraria dottrina è stata generalmente rigettata (1).

Di leggieri si comprende non esservi termini sacramentali per volere stabilire la mobilizzazione, e che non debbonsi impiegare ad un tempo le espressioni *mobilizzare* E *mettere in comunione*, bastando il dire che gl' immobili si *mobilizzeranno*, ovvero *si metteranno in comunione*, o *si recheranno alla comunione*, o *si faranno comuni* o *si terranno per mobili ovvero per beni della comunione*.

Stabiliamo successivamente gli effetti della mobilizzazione determinata e indeterminata.

V. — Siccome la mobilizzazione determinata, ossia la vera, rende gl'immobili comuni, così il capo della comunione può alienarli come tutti gli altri immobili comuni, e se non furono alienati, debbono comprendersi come tutti gli altri, sciolta che è la comunione, nella divisione da farsi fra i coniugi o loro eredi. Ma la legge per l'affetto che delle volte si ha per un immobile di famiglia, permette che ciascun

(1) Toullier (XIII-330); Duranton (XV-62 e 63); Zachariae (III, p. 528); Odier (II-802); Taulier (V, p. 490); Duvergier (sopra Toullier).

coniuge, o i suoi eredi, prendano nella loro porzione gl'immobili da lui mobilizzati per quanto valgano in quel tempo.

Delvincourt insegna, ed anche Duranton (XV-78), ma senza decidervisi nettamente, propende a dire che la moglie la quale rinunzia, avrà un dritto analogo, e potrà ritoglier gli immobili da essa mobilizzati, pagandone il prezzo al marito; ma noi come il più degli scrittori (1) crediamo non potersi adottare tale opinione. È questa una disposizione che per l'indole sua stessa eccezionale deve restringersi ai casi previsti; or l' art. 1509 (T) concede tal facoltà al coniuge, soltanto quando si divide la comunione.

Quando la mobilizzazione perfetta è particolare, il coniuge che l'ha fatta è naturalmente garante verso la comunione dell'evizione che potrebbe soffrire per una causa anteriore al matrimonio. Pothier aveva adottato una diversa opinione (2), e poi la disdisse (3). Mettere gl'immobili in comunione non è una liberalità, siccome l'avea prima creduto Pothier, bensì una stipulazione a titolo oneroso, e quindi il coniuge che ha promesso la collazione dei tali immobili specialmente indicati, deve conferirli realmente, cioè renderne proprietaria la comunione.

Non così nel caso di mobilizzazione generale; trasferire alla comunione tutti i suoi immobili, vale trasmetterglieli tali quali li ha, e dargliene tali quali i dritti che li costituiscono.

E in questo medesimo caso, i debiti relativi agli immobili mobilizzati vanno a peso della comunione, per la detta ragione che i debiti devonsi su tutti i beni; or la parte messa nell'attivo di tutti gl'immobili presenti fa entrare nel passivo tutti i debiti presenti, siccome la parte degli immobili futuri, cioè di quelli da pervenire dipoi dalle successioni o donazioni, vi farà entrare tutti i debiti di tali successioni e donazioni; e se la mobilizzazione riguardasse una parte di tutti gl'immobili, la comunione sopporterebbe la medesima parte dei debiti gravati su tali immobili.

Non così nella particolare mobilizzazione. *quia aes alienum, universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.*

VI. — Quando la mobilizzazione è imperfetta indeterminata, cioè, quando invece di render puramente e semplicemente comuni gl' immobili, li sottopone alla comunione fino alla concorrenza di una certa somma, il suo dritto diventa un credito di natura particolare, il quale produce notevoli effetti.

Tal credito ha per oggetto gl'immobili, non la somma fino alla concorrenza di cui gli immobili sono mobilizzati: la clausola consiste nel *porre nella comunione* non la somma di... da prendersi sugli immobili. bensì gl'*immobili* fino alla concorrenza di tal somma. Da ciò varie conseguenze.

Quand'anche i beni mobilizzati avessero un valore minore, la comunione non dovrebbe appagarsene, ma pretendere che il coniuge il quale ha fatto la mobilizzazione compisca con tai beni la somma.

Così anche, se gl' immobili periscono o in tutto o in parte, in modo che il valore di quel che rimane sia minore della stabilita somma, l'obbligo del coniuge estinguesi in tutto o in parte, per mancanza di oggetto. Ma da ciò non si inferirà, che essendo la mobilizzazione particolare, il coniuge non sarebbe garante di una evizione avvenuta per causa anteriore, e che ridurrebbe i beni mobilizzati ad un valore minore dell'indicata somma: qui come nella mobilizzazione perfetta deve il coniuge mettere in comunione realmente la parte sua; l'aver egli conferito gl' immobili fino alla concorrenza di una somma di... non monta a nulla su tal riguardo; egli non sarà garante dell'evizione solo quando la mobilizzazione è generale.

Anche perchè il dritto della comunione grava direttamente sugl'immobili, dà a questa

(1) Toullier (XIII-345); Bellot (III, p. 156); Zachariae (III, p. 531); Odier (II, 812); Paolo Pont e Rodière (II-183); Troplong (III, 2019).

(2-3) Introduzione alla Cons. d' Orléans, n. 53. — *Comun.*, n. 311.

la legge, ma non in proprietà, e per eccezione all'art. 2124 (2010), la facoltà di ipotecare i beni fino alla concorrenza della stabilita somma.

Del resto tal facoltà può solo applicarsi per gl'immobili della moglie, non per quelli del marito, perchè essendo egli capo della comunione e proprietario dei beni mobilizzati, può come tale non solo ipotecarli, ma anche alienarli ; e quindi la legge dovea conferire al marito il dritto d'ipoteca pei beni mobilizzati dalla moglie.

Se il coniuge non ha pagato il suo debito allo sciogliersi della comunione, è obbligato di metter nella massa da dividere gl'immobili mobilizzati , o se il valore ne oltrepassa la stabilita somma, una parte di essi che basti a rappresentar la somma ; purchè in tal caso indicherà quale degl'immobili vorrà porvi.

Pure (benchè il mettervi gl'immobili in natura sia un mezzo regolare di eseguire la sua obbligazione) gode il coniuge della facoltà, espressa più sopra nel caso di mobilizzazione perfetta , di trattenersi i suoi immobili, rendendo conto alla comunione della somma per la quale sono mobilizzati. Se la facoltà di conservare gli immobili è formolata dall'articolo 1509 (T) per la sola mobilizzazione determinata, con più ragione deve ammettersi nel caso nostro. Come si negherebbe al coniuge che ha promesso gli immobili fino alla concorrenza d'una somma, il dritto di sostituire agl'immobili un valore equivalente, se la legge lo accorda a chi avea trasmesso alla comunione puramente e semplicemente anche la proprietà di essi immobili? È dunque mestieri riconoscere che se gl'immobili son qui l'oggetto dell'obbligazione, il pagamento in danaro è riserbato *in facultate solutionis*.

Se durante la comunione gl'immobili mobilizzati si vendano in tutto o in parte, ed il prezzo entrato nella comunione ecceda la somma, fino alla concorrenza della quale abbia avuto luogo la mobilizzazione, il coniuge avrà un'azione di ricupera per il dippiù; poichè la somma stabilita , non formando l'oggetto del credito, determina il *maximum* della sua estensione; e se l'emolumento della comunione può delle volte esser meno di questa somma, come abbiam visto, non può mai esser di più.

SEZIONE IV.

DELLA CLAUSOLA DI SEPARAZIONE DI DEBITI.

Il Codice riunisce qui due clausole distinte: quella di *separazione di debiti* propriamente detta (artic. 1510-1512 (TT)) ; e quella di *franco e libero*, che è molto analoga, massime in un caso, con l'altra, ma che nondimeno ne differisce in varî punti (art. 1513 (T)).

1. Clausola di separazione di debiti.

1510 (T). — La clausola colla quale i coniugi stipulano di pagare separatamente i loro debiti particolari. gli obbliga all'atto dello scioglimento della comunione, a comunicarsi reciprocamente il conto dei debiti che si giustificherà essere stati soddisfatti dalla comunione, a scarico di quello dei coniugi che n' era debitore.

Questa obbligazione è la stessa, vi sia o non vi sia inventario; ma se il mobiliare conferito dai coniugi in società, non risulta da inventario o da stato autentico anteriore al matrimonio, i creditori dell'uno o dell'altro coniuge possono, senza avere riguardo ad alcuna distinzione che si reclamasse, chiedere di essere soddisfatti tanto sul *mobiliare* non inventariato, quanto sopra gli altri beni della comunione.

I creditori hanno lo stesso diritto sul *mobiliare* pervenuto ai coniugi durante la comunione, se questo non risulta egualmente da inventario o da stato autentico.

1511 (T). — Quando i coniugi mettono in comunione una data somma, o corpo, una tale collazione induce un tacito patto ch'essa non sia aggravata di debiti anteriori al matrimonio, ed il consorte debitore deve dare conto all'altro di tutti quei debiti che diminuirebbero la somma che ha promesso di conferire.

1512 (T). — La clausola di separazione di debiti non impedisce che la comunione non possa essere aggravata degl' interessi ed annualità decorse dopo il matrimonio.

SOMMARIO.

I. L'esclusione dei debiti è espressa o tacita, unilaterale o reciproca. Essa in principio grava solo sui debiti anteriori al matrimonio.

II. Quali debiti van compresi sotto questo nome: controversia. La esclusione abbraccia gli interessi corsi prima del matrimonio; essa potrebbe estendersi agli altri con una clausola ad hoc : *errore di Delvincourt e di Battur.*

III. Effetti della esclusione prima fra i coniugi e poi verso i creditori.

IV. L'effetto è il medesimo pei creditori del marito e per quelli della moglie : controversia.

I. — La stipulazione di esclusione di debiti è espressa o tacita: espressa quando dichiarasi formalmente nel contratto di matrimonio che uno o ciascuno dei coniugi sopporterà tutti i suoi debiti (artic. 1510 (T)) ; tacita se uno o ciascuno dei coniugi, invece di fare entrare nella comunione tutti i suoi mobili presenti , fa solo una collazione determinata fino alla tal somma, o ai tali o tali particolari oggetti, perchè secondo la disposizione dell'articolo 1511 (T), nel quale si applica il principio generale da noi spiegato (art. 1502 (T) IV), il coniuge che esclude dall'attivo della comunione tutti i suoi mobili, esclude con ciò virtualmente dal passivo i suoi debiti mobiliari. Diciamo nei due casi : *l'uno* o *ciascuno* dei coniugi, perchè l'esclusione o espressa o tacita può farsi solo dall'uno dei coniugi, come anche da entrambi.

La clausola di esclusione dei debiti, dovendosi intendere restrittivamente, come qualunque derogazione al dritto comune, si applica ai debiti presenti, cioè anteriori al matrimonio ; siccome è indicato dagli articoli 1511 e 1497-4° (TT).

Possono i coniugi escludere anche i lor debiti futuri, cioè i debiti delle successioni e donazioni che possono loro pervenire; ma ciò deve farsi o con una speciale dichiarazione, o virtualmente con una clausola che escluderebbe dall'attivo comune i mobili delle successioni e donazioni future, senza di che qualunque clausola di separazione di debiti abbraccia solo quelli anteriori al matrimonio.

II. Fra i debiti anteriori al matrimonio si comprendono tutti quelli nati da un fatto che ha preceduto le nozze, benchè fossero dipendenti da una condizione adempitasi dopo, o comprovati durante il matrimonio.

Così l'ammenda a cui il coniuge è stato condannato durante il matrimonio per delitto commesso prima, è soggetta a tal regola. Tanto men si comprende la controversia su tal punto nello antico dritto, perchè tutti convenivano nell'applicare tal regola ai ristori civili pronunziati nel medesimo caso. Lebrun e Pothier (1) decideano la quistione nel nostro senso, perchè il delitto è causa dell'ammenda imposta al coniuge. Ma che dire dei debiti di una successione mobiliare pervenuta al coniuge pria delle nozze, ed accettata dopo? Duranton (XV-92) e Zachariae (III p. 538) insegnano che in generale non sono esclusi, e restan gravati alla comunione, nel mentre Paolo Pont e Rodière (II-206) e Troplong (III, 2030) credono doversi considerare come anteriori al matrimonio, e re-

(1) Lebrun (lib. 2, cap. 2, sez. 3); Pothier (*Comun.* n. 356).

star quindi a peso del coniuge... Il primo parere ci sembra il solo esatto. Se la quistione dovesse decidersi in istretto dritto, e secondo i giuridici effetti dell'accettazione di successione, bisognerebbe accostarci all'opinione di Rodière e Paolo Pont, perchè essendo l'erede investito dei dritti attivi e passivi del defunto a causa della morte di questo, e facendo l'accettazione rimontare il titolo e i dritti dell'erede al tempo della apertura della successione, in dritto i debiti ereditarî esistono per lui da quel giorno; ma qui la quistione non deve decidersi in dritto, ma in fatto: bisogna interpetrare una clausola, e quindi sapere qual sia stata la volontà. l'intimo pensiero delle parti contraenti. Essendo quistione d'intenzione, lo è per conseguenza di fatto. Or se è vero che in dritto l'accettazione, posteriore al matrimonio, di una successione aperta pria, rende irrevocabili gli effetti già esistenti, e per cui rende anteriori al matrimonio, giuridicamente parlando, i debiti della successione, in fatto, e nella mente del coniuge sottopostosi a sopportar solo i suoi debiti personali, egli è tenuto ai debiti ereditarî solo coll'accettazione e contando da questa; fino all'accettazione poteva ei rimanersi estraneo all'attivo ed al passivo della successione; poichè il coniuge accettando dalla comunione l'attivo mobile della successione, ha avuto in mente (se nulla in contrario dice il contratto) di mettere a peso della comunione i debiti corrispondenti all'attivo.

L'esclusione versa e sul capitale dei debiti e su i loro interessi o annualità pervenute pria del matrimonio, ma non su quelli che corrono durante la comunione, i quali gravano su questa, giusta l'articolo 1512 (T), qual peso delle rendite dei beni dei coniugi. Delvincourt e Battur (n° 427), riproducendo l'antica opinione di Lebrun (cap. 3, sez. 4), dicono erroneamente potersi con una stipulazione *ad hoc* escludere dal passivo della comunione e mettere a peso del coniuge gl'interessi corsi durante il matrimonio. Tal clausola, siccome lo diceva Pothier, sarebbe fuor di uso ma valida, perchè non contraria nè alle proibizioni del nostro titolo, nè alle leggi riguardanti l'ordine pubblico o i buoni costumi, e quindi non eccede la piena libertà consacrata dagli art. 1387, 1497 (1341, T) (1).

III. Gli effetti della esclusione dei debiti son regolati dall'articolo 1510 (T), il quale ce l'indica in pria quanto ai conjugi tra loro (§ 1), e poi quanto ai creditori (§ 2 e 3).

Tra coniugi l'effetto è semplicissimo, consistendo nel fare che tutti i debiti mobiliari, anteriori al matrimonio, del coniuge sottopostosi alla esclusione, si pagheranno dalla comunione coll'obbligo del coniuge di compensarla allo scioglimento. Il coniuge che pretende che l'altro coniuge debba compenso per tal causa, deve provare: 1° che il debito del coniuge esisteva pria del matrimonio: 2° che si è estinto col pagamento fatto durante la comunione. Provati questi due punti (anche con testimoni), si presumerà poi, fino alla contraria prova, essersi fatto il pagamento col danaro della comunione, appartenendo a questa i valori mobiliari, e per cui il danaro che si è pagato. Bisogna provare che il debito è stato estinto *con pagamento;* perchè se il coniuge debitore si fosse liberato colla prescrizione, con la remissione del suo creditore, o con altro modo, senza pagamento di danaro, la comunione che nulla avrà pagato, nulla avrà da chiedere.— Il coniuge che deve un compenso si libera, alla divisione, non col pagare il danaro nella cassa comune, ma pagando direttamente al suo coniuge la metà della somma dovuta, perchè dovendo pagarsi l'intero nell'attivo comune, ciascun di essi ne avrebbe poi preso una metà. La moglie deve sempre pagare il compenso da lei dovuto, accetti o rinunzî, e se rinunzia bisogna pagarle l'intiera indennità, poichè l'attivo appartiene per intiero al marito. In tal caso, e per la stessa ragione, il marito non è tenuto a compenso, perchè lo pagherebbe a sè stesso: il debito del

(1) Duranton (XV-99); Odier (II-769); Rodière e Paolo Pont (II-209); Troplong (III-2055).

compenso estinguerebbesi per lui colla confusione.

Per rispetto ai creditori, l'effetto della separazione dei beni è sottoposto alla condizione che si sia fatto inventario del mobile entrato nella comunione da parte del loro debitore. Se il mobile recato dal coniuge debitore è stato comprovato con un inventario o con uno stato autentico, e si è anche nell'istesso modo comprovato quello venutogli dopo, la separazione dei debiti produrrà il suo effetto contro i creditori del coniuge, i quali potranno farsi pagare sui mobili provenuti dalla parte del loro debitore (e su quelli suoi proprî), come se questi non avesse contratto matrimonio (1). Così la comunione si sarà sgravata, esibendo, come diceva l'articolo 222 della Consuetudine di Parigi, l'*inventario* o *la stima* di questo, cioè, come lo spiega Pothier (num. 364), basterà lasciare ai creditori gli effetti compresi nell'inventario che trovansi in natura, e dar loro il prezzo degli altri o giustificare l'impiego del prezzo in pagamento di altri debiti ugualmente proprî del coniuge.

Che se per l'incontro si è trascurato di far l'inventario, o dei mobili recati dal coniuge maritandosi, o di quelli pervenutigli durante il matrimonio, siccome allora i creditori non possono esser certi che quei mobili che diconsi provenienti dal loro debitore siano veramente tutti, e siccome si potrebbe celare una parte di cui essi non possono conoscere il valore, la separazione di debiti è per loro come non avvenuta, ed essi possono rivolgersi per il pagamento sopra tutti i beni comuni (ed anche sui proprî del marito), come se vi fosse comunione legale.

È chiaro inoltre, che solo durante la comunione può sorger dubbio se i coniugi debbono o no riputarsi separati di debiti per rispetto ai creditori, e che sciolta la comunione, i coniugi son separati di debiti assolutamente, e senza distinguere se si sia fatto o pur no inventario dei mobili entrati in comunione. Pothier lo professa formalmente per rispetto ai creditori della moglie, che è il caso più dubbio. Or se questi non ostante la mancanza d'inventario, non possono, dopo lo scioglimento, agir contro il marito, con più ragione quei del marito non possono agir contro la moglie. Deve dunque rigettarsi la dottrina di Delvincourt e di Bellot (III, p. 186), i quali non facendo parola dei creditori del marito, pretendono che questi debba, anche in tal caso, rispondere in faccia ai creditori della moglie (2).

IV. — È stato molto controverso se i mobili entrati in comunione da parte di un coniuge debbano comprovarsi con uno inventario. Tutti riconoscono che lo effetto da noi indicato, il quale consiste in doversi ripetere i debiti di tal coniuge anteriori al matrimonio solo sui beni comuni provenienti da lui, s'applica per i debiti della moglie; ma molti scrittori insegnano non potersi applicare ai debiti del marito, esser sempre e necessariamente non avvenuta per questi la clausola di separazione di beni, e poter sempre i creditori del marito, non ostante qualunque inventario, rivolgersi sopra tutti i beni comuni (3). Cotal dottrina si fonda sopra due motivi, inammissibili, ricavati uno dai principî del dritto, l'altro dalla storia e dalla tradizione.

Dicono essi, il marito sotto la regola

(1) Potrebbe dirsi che, applicandosi i principî, si dovrebbe negare ai creditori ogni azione sui beni del loro debitore divenuti beni della comunione; dappoichè una cosa non è più pegno del creditore quando è alienata dal debitore senza frode. Secondo tal sistema, il creditore potrebbe solo agire sulla nuda proprietà dei beni proprî del coniuge. Ma siccome la parte messa in comunione, da un lato non è una ordinaria e piena alienazione (dappoichè toglie solo al coniuge la metà de' beni che ei reca, e gli fa acquistare la metà di quelli dell'altro coniuge); e dall'altro sarebbe stato iniquo che la comunione conservasse tutti i beni mobili, senza esser tenuta almeno sovr'essi dei debiti correlativi, si è deciso che i creditori agirebbero sui beni venuti alla comunione da parte dei loro debitori.

(2) Pothier (n. 364); Zachariae (III, p. 541); Paolo Pont e Rodière (II-218); Odier (II-782); Duvergier (sopra Toullier, XIII-356, nota 6); Troplong (III, 2046).

(3) Delvincourt (III); Duranton (XV, 110); Rolland de Villargues (alla parola *Comunione*, n. 517); Bellot (III, p. 166); Zachariae (III, p. 539, 540).

della comunione è padrone di disporre a suo piacere dei beni comuni ; egli quindi può impiegarli al pagamento dei suoi debiti anteriori al matrimonio , e quindi lo potranno anche i suoi creditori in forza dell'art. 1166 (1119). In conseguenza la clausola di separazione di debiti può avere effetto solo per quelli della moglie , ed in prò del marito, e non per quelli del marito, ed in prò della moglie. Così sempre, aggiungono, s'intendeva nell'antico dritto la clausola di separazione di debiti; e Pothier, reputando non doversi discutere su tal punto, non si è data la pena di indicarlo, parlando solo degli effetti della clausola per rispetto ai creditori della moglie (nn. 362 e seg.). Ma non c'è perchè dobbiamo credere che il legislatore abbia voluto allontanarsi qui dagli antichi principi.

A tali due idee è ben facile il rispondere. Senza dubbio il marito, in dritto comune, è intieramente padrone d'impiegare a piacere i beni della comunione ; ma la clausola di esclusione dei debiti del marito ha appunto per effetto di immutar questa regola di dritto comune, e di togliere al marito il dritto di disporre dei beni recati dalla moglie per pagamento dei debiti di cui era gravato pria del matrimonio : la moglie ha posto i suoi mobili in comunione, purchè questa non pagasse i debiti del marito anteriori al matrimonio.

Il più degli antichi scrittori professavano, è vero , la dottrina da noi rigettata ; ma oltre che essa non era unanime , ed era stata combattuta altre volte da ragioni perentorie, non potrebbe vincerla oggi sul testo dell'articolo 1510 (T) , a cui le contrarie spiegazioni di Pothier dànno maggior forza,

Di fronte agli scrittori che insegnano che la separazione dei debiti ha solo effetto contro i creditori della moglie (1) , troviamo in Bacquet (2) la contraria dottrina stabilita chiaramente e sodamente. Indicato lo effetto che produce la separazione nello interesse del marito, spiega che anche « la moglie, con la convenzione e stipulazione suddetta, potrà impedire che i beni mobili recati in matrimonio sien venduti pei debiti del marito anteriori al loro matrimonio. Poichè, egli dice , quand'anche quei beni mobili sieno entrati nella comunione , di cui è padrone il marito, nondimeno sono coll'espressa condizione di non esser tenuti, nè sequestrati, nè venduti per i debiti contratti dal marito prima del matrimonio ». Perchè dunque la moglie non deve esser pienamente libera come il marito, sotto questo come sotto qualunque altro aspetto, di modificare le regole della comunione legale? Perchè , mentre ella può, come il marito, non mettere i suoi mobili in comunione , non potrebbe poi metterveli , come lui , sotto condizione che con essi non si paghino i debiti del suo coniuge? In altre parole, perchè ella non potrebbe, come il marito, ottenere una esclusione dei debiti del suo coniuge, efficace in faccia ai creditori?.. Tuttocciò inoltre, anzichè stabilir la regola, tende a giustificarla: poichè ravvicinando il testo del Codice colle spiegazioni di Pothier, essa è perfettamente stabilita. Questi, seguendo l'idea che la esclusione dei debiti non riguarda i creditori del marito, parla qui solo di quelli della moglie, e le sue spiegazioni si riducono a dire che se non si sia fatto inventario dei mobili recati *dalla moglie*, i creditori di *questa* possono agire sopra tutti i beni comuni. Il Codice elargando la formola, dice, che se non si sia fatto inventario dei mobili *dei coniugi*, i creditori *sì dell'uno che dell'altro*, possono agire sopra tutti i beni comuni, e che sarà pur così dei mobili pervenuti *ai coniugi* durante la comunione. Oggi dunque debbe applicarsi per ambi quel che Pothier diceva della sola moglie ; il Codice ha modificato l'antica clausola di separazione di debiti, come pure (ed anche più, come ora vedremo) ha modificato l'antica clausola di franco e libero; sicchè la con-

(1) Bourjon (*Dr. com.*, I, p. 554); Lebrun (lib. 2, cap. 3, sez. 4, n. 2) ; Duplessis (*Consuetudine di Parigi*, I, p. 404); Renusson (parte 1, cap. 9, n. 8).

(2) *Dritti di giustizia* (cap. 21, n. 101).

traria dottrina vien condannata e dal testo stesso della legge, e dai principî generali del dritto, e dalle regole di equità (1).

2. Clausola di franco e libero.

1513 (T). — Quando si proceda contro la comunione pei debiti di uno de' coniugi, dichiarato dal contratto libero e sciolto da qualunque debito anteriore al matrimonio, l'altro consorte ha diritto ad una indennizzazione che si prende tanto sulla parte della comunione spettante al coniuge debitore, quanto su' beni particolari di esso; ed in caso di insufficienza, questa indennizzazione può proporsi in giudizio contro il padre, la madre, l'ascendente od il tutore che lo avessero dichiarato libero e sciolto, come se fossero mallevadori. Quest'azione per garanzia può essere proposta ancora dal marito durante la comunione, se il debito proviene per parte della moglie; salvo, in questo caso, il rimborso dovuto dalla moglie o dai suoi eredi a quelli che si ritengono per garanti dopo lo scioglimento della comunione.

SOMMARIO.

I. Clausola di libero e sciolto. Essa non è più quella di un tempo. Essa differisce dalla separazione di debiti, anche quando si faccia dal marito: errore di Bellot.
II. Possono darsi due specie di danni; l'indennità si deve per tutte e due · errore di Battur.
III. Mezzi di pruova contro i fidejussori. Quando può esercitarsi l'azione.

I. — Dicesi clausola di franco e libero quella con cui si dichiara uno dei coniugi, nel contratto di matrimonio, esente e libero da ogni debito. Una tal dichiarazione, che nell'antica pratica faceasi sempre da terzi, parenti od altri, può farsi oggi dallo stesso coniuge; e in tutti i casi obbliga colui che dichiara, chiunque siasi, a riparare il torto che cagionerebbero al coniuge i debiti dell'altro che si è falsamente dichiarato franco e libero. Già tempo se i parenti o gli amici avessero dichiarato libero il coniuge, questi non era obbligato a nulla; reputandosi estraneo alla convenzione che si stimava fatta tra il coniuge e i dichiaranti, in guisa che questi doveano indennizzare, occorrendo, il coniuge (Pothier, nn. 350, 370, 375). Oggi, stante la disposizione del nostro articolo, certo più ragionevole e più giusta, il coniuge, quantunque non abbia nulla detto nella clausola, è sempre e principalmente obbligato: contro lui si esercita il regresso, ed il suo coniuge potrà agire contro quelli che han fatta la dichiarazione, e che si sono così resi suoi garanti, solo quando non bastino i beni del coniuge. Se la dichiarazione di affrancamento si fa dal coniuge, la clausola, benchè si assomigli, non si confonde colla semplice separazione di beni, come falsamente insegna Bellot (III, pag. 191); essa ne differisce anche in due punti, uno dei quali la rende più vantaggiosa per l'altro coniuge sotto un riguardo, e l'altro meno utile sotto un altro. — Da un lato in fatti, il coniuge che si è dichiarato libero e franco, e del quale la comunione ha pagato i debiti anteriori al matrimonio, dovrà compensar questa, non solo del capitale delle somme pagate per di lui conto, come nel caso di semplice separazione di debiti, ma inoltre degli interessi corsi durante la comunione fino al giorno dello scioglimento. Così, nel mentre che il coniuge separato di debiti, per cui la comunione ha pagato 12,000 fr., 10,000 di capitale, 1,000 di interessi anteriori al matrimonio, e 1,000 d'interessi posteriori, do-

(1) Battur (II 412); Dalloz (*Clausola di separazione di debiti*, alla parola *Matrimonio*); Bugnet (sopra Pothier, VII, p. 212); Rodière e Paolo Pont (II-217); Troplong (III, 2042-2044). — Toullier ed il suo annotatore (XIII-356) non fanno motto della quistione.

vrà render conto alla comunione di 11,000 fr., il coniuge che si è dichiarato franco e libero dovrà rispondere nello stesso caso della intiera somma pagata, non che degli interessi corsi per tutta la durata della comunione; in modo che se questa duri soltanto dieci anni dal giorno del pagamento, egli dovrà porre 18,000 franchi nella massa da dividere, o, quel che vale lo stesso, dare 9,000 fr. al suo coniuge. L'obbligo di pagare gl'interessi è ben semplice: poichè avendo il coniuge falsamente dichiarato di non aver debiti, l'altro avea fatto conto sull'intiera fortuna mobiliare di lui e delle rendite dei suoi beni proprî, e deve quindi trovare nella massa comune tutto ciò che avrebbe potuto prendere non esistendo il debito (Pothier, n. 375). — Da un altro lato, la clausola di franco e libero, come quella di separazione di debiti, non permette si restringa il dritto dei creditori, sotto la condizione d'un inventario, ai mobili provenienti dal coniuge debitore; il nostro art. 1513 (T) non estende a tal caso la disposizione dell'art. 1510 (T). I creditori adunque potranno agire non ostante l'inventario contro tutti i beni comuni, e si farebbe cosa utile aggiungendo una clausola espressa di separazione di debiti a quella di franco e libero, più vantaggiosa sotto un altro rapporto, come testè si è visto.

II. — Il pagamento dei debiti del coniuge falsamente dichiarato franco, può cagionare all'altro coniuge due sorta di danni: 1° uno scemamento della sua parte di comunione; 2° una riduzione dei fondi comuni ad una cifra insufficiente a soddisfare i varî dritti e crediti che egli possa esercitare. Questa seconda sorta di danno può aver luogo in alcuni casi, mentre la prima sempre e necessariamente nasce dal pagamento dei debiti di cui è parola. Anticamente discutevasi, se il dritto del coniuge ad una indennità debba estendersi pure alla prima sorta di danno. Renusson (1) era pel sì; ma il più degli scrittori, specialmente Pothier, insegnavano del no (2).

Oggi non potrebbe farsene più quistione, e si deve la indennità per qualunque danno sofferto... Così vogliono i principî del dritto non che dell'equità; perchè col suo dolo, colla sua frode il coniuge, dichiarato franco, nuoce qui all'altro coniuge; e sarebbe questo il caso di obbligarlo alla riparazione in intero del danno cagionato, comunque sia avvenuto.

Dunque il legislatore cangiando nella sua natura e nei suoi effetti, come abbiam visto, l'antica clausola di franco e libero, dovea specialmente mutarla in tal punto, come ha fatto, poichè il nostro articolo, anzichè ammettere l'indennità quando ha luogo tale sorta di danno, non parla di questo, e dichiara in modo generale, che la indennità sarà dovuta ogni volta *che la comunione abbia pagato i debiti anteriori al matrimonio del coniuge*, *dichiarato franco e libero*. E ciò perchè tal pagamento, scemando l'attivo della comunione, reca sempre e necessariamente danno all'altro coniuge. La regola dunque è assoluta, come doveva essere, e la contraria idea di Battur (II-425), rigettata d'altronde da tutti gli scrittori (3), non può ammettersi.

III. — Fra i due coniugi non può sorgere dubbio se il debito dell'uno, pagato dalla comunione, sia o no veramente anteriore al matrimonio, e se possa dirsi tale quello che risulti da un atto con data certa; ma non è così per rispetto ai fideiussori.

Fra i coniugi, qualunque debito di quello, dichiarato franco e che l'atto presenti come anteriore al matrimonio, si terrà per tale e darà luogo ad indennizzo, benchè non sia certa la data dell'atto; ed il coniuge debitore non può contraddire la data che egli stesso ha apposto all'atto.

(1) *Comunione*, parte I, cap. 11, nn. 36 e 37.

(2) Duplessis (*Comunione*, lib. 2, cap. 1, sez. 4); Lebrun (lib. 2, cap. 3, sez. 3, nn. 41 e 42); Bourjon (*Dritto comune*, parte 3, cap. 5, sez. 1, n. 3); Pothier (n. 366).

(3) Delvincourt (t. III); Toullier (XIII, 366); Duranton (XV, 123); Bellot (III, p. 196); Zachariae (III, p 543); Dalloz (*Contratto di Matrimonio*, alla parola *Matrimonio*); Rodière e Paolo Pont (II, 229); Odier (II, 789); Duvergier (sopra Toullier); Troplong (III, 2059).

Ma se non bastando i beni del coniuge, l'altro voglia rivolgersi contro i fideiussori, allora diverrebbe dilicata la quistione. I fideiussori sono terzi i quali potrebbero opporre la mancanza di data certa; e si potrebbe dire, come una volta (1), essere impossibile star soggetti al capriccio del coniuge dichiarato franco, il quale potrebbe, con date antecedenti, obbligarli indefinitamente. Ma il coniuge che non deve rendersi vittima della mancanza di pruova scritta e regolare dei debiti dell'altro coniuge, e non potrebbe far comprovare per iscritto debiti che sa di non esistere, può far la pruova con tutti i mezzi, anche con testimonì; e siccome al postutto i dichiaranti sarebbero sempre in colpa, per aver troppo facilmente garantito una persona di cui punto o poco conoscevano la condizione o la probità, nel mentre che il coniuge non può nulla rimproverarsi, noi opiniamo doversi ammettere in principio come efficaci contro i fideiussori, e la pruova per testimonì, e quella che risulti da un atto senza data certa, salvo a' fideiussori di provare con tutti i mezzi che quell'atto abbia una data antecedente, e che il debito è realmente posteriore al matrimonio.

Il nostro articolo non lascia dubbio su ciò che riguarda il modo di esercitare la azione per indennizzo. In principio questa azione non può mai sperimentarsi, o dal marito contro la moglie, o da questa contro il marito o i garanti di lui, se non dopo lo scioglimento della comunione. Ma il marito nello interesse della sua comunione, e per la migliore amministrazione, può agire anche durante la comunione contro coloro i quali han dichiarato franca e libera la moglie.

È questa la sola eccezione al principio, e gli stessi fideiussori, dopo aver pagato per la moglie l'indennità da essa dovuta, possono rivolgersi contro di lei, sciolta la comunione, ma non mai prima.

SEZIONE V.

DELLA FACOLTÀ ACCORDATA ALLA MOGLIE DI RIPRENDERE.

1514 (T). — La moglie può stipulare che in caso di rinuncia alla comunione, essa ripiglierà in tutto od in parte ciò che avrà conferito, tanto all'atto del matrimonio, quanto dopo; ma tale stipulazione non può estendersi al di là delle cose formalmente espresse, e nemmeno a vantaggio di altre persone fuori che delle individuate.

In conseguenza la facoltà di ripigliare il *mobiliare* conferito dalla moglie all'atto del matrimonio, non s'estende a quello che le fosse pervenuto durante il medesimo.

Così pure la facoltà accordata alla moglie non si estende ai figli, e quella accordata alla moglie ed ai figli, non si estende agli eredi, ascendenti, o collaterali.

In tutti i casi, non può essere ripigliato quanto si conferì, che facendosi prededuzione dei debiti particolari della moglie, i quali la comunione avesse soddisfatti.

SOMMARIO

I. Clausola di riprendere ciò che si è conferito. Essa deroga al dritto comune, e deve quindi intendersi in un senso ristretto. L'idea si applica per le cose comprese nella clausola. Cattiva redazione del Codice.

II. Si applica per le persone chiamate al godimento del dritto: errore di Toullier, Ipotesi diverse. Quando si apre il dritto; dopo aperto si può trasmettere come qualunque altro dritto.

III. Esercitandosi il dritto con una rinunzia, costituisce il credito contro il marito: conseguenza. Esso si esercita deducendo i corrispondenti debiti della moglie.

(1) Duplessis (*Comunione*, lib. 2, cap. 1, sez. 4); Pothier (n. 367).

I. — Si deroga anche alle regole della comunione legale, stipulando la moglie di riserbarsi il dritto di riprendere, rinunziando alla comunione, tutti o una parte dei beni entrativi per suo conto.

Tale stipulazione se non deroga (checchè se ne dica) al dritto comune delle società (1), deroga a quello della comunione, poichè, secondo questo, la moglie rinunziando perde ogni dritto sui beni entrati nella massa comune. Derogando al dritto comune devesi interpetrare restrittivamente, quanto alle cose che ne fanno oggetto, e quanto alle persone in vantaggio di cui è scritta.

Quanto alle cose, se la moglie ha detto di riserbarsi o per essa, o per essa e tutti o qualcuno dei suoi eredi, il dritto di riprendere tutte le cose *che ha recato*, o tutto il *suo mobile*, o tutti i beni che ha messo in comunione, siccome allora è dubbio se di tutti i beni e conferimenti *presenti*, o dei beni e conferimenti *presenti e futuri* ha parlato la moglie, e solo sui presenti vi è certezza della sua volontà, a questi si limiterà la clausola; interpetrando restrittivamente una stipulazione come si è detto più sopra, essa si applica agli oggetti che vi si trovano compresi in modo certo. Lo esempio dato dal Codice, credendo riprodurre il passo in cui Pothier indicava tale idea, lo snatura. Pothier infatti spiega che « dettosi semplicemente che la moglie riprenderà *quel che ha recato*, la convenzione racchiude quel che essa ha recato *maritandosi* ». Aggiungendo in questa frase alle parole *quel che essa ha recato*, queste altre *al tempo del matrimonio*, se ne muta il senso, e si dice cosa evidente.

Stipulando la ricupera solo per il mobile recato al tempo del matrimonio, restano sotto il dritto comune quelli che perverranno durante esso. — Se la clausola è solo stipulata per il mobile da pervenire per donazione, non si applicherà a quanto verrà per successione, e viceversa.

Se la moglie, anzichè dire che allo scioglimento potrà riprendere quel che essa *reca* o quel che *entra* per parte sua nella comunione (o quel che vi è *entrato* o quel che essa ha *recato*), direbbe quel che essa *avrà* recato, o quel che sarà *entrato*, siccome il futuro passato si restringirebbe al mobile presente, snaturando il senso naturale e grammaticale delle parole, la clausola abbraccerebbe allora tutti i mobili presenti e futuri (2).

II. — La clausola deve intendersi restrittivamente quanto alle persone chiamate a profittarne.

Nel mentre, in principio, il dritto che un individuo ha stipulato per sè, appartiene occorrendo ai suoi eredi o aventi-causa, qui la facoltà stipulata dalla moglie non apparterrebbe ai suoi figli; quella stipulata per sè e suoi figli non apparterrebbe ai suoi eredi ascendenti; quella riserbatasi per sè, per i figli e gli ascendenti, non potrebbe esercitarsi dai suoi eredi collaterali; e quella in ultimo stipulata per la moglie e suoi eredi senza distinguere la qualità di questi, non si estenderebbe nè a' suoi successori irregolari (figli naturali e lo Stato), nè a' suoi successori testamentari, cioè i suoi legatari anche universali. Se la clausola si fosse distesa in modo impersonale, dicendo che con una rinunzia si *potrà fare la ricupera* di tali o tali beni, tal frase che non indica specialmente persona alcuna, potrebbe o comprendere tutti gli eredi e aventi-causa, o alludere solo alla moglie; dei due sensi, essendo il più largo dubbio, e l'altro certo, bisogna, non ostante la contraria dottrina di Toullier (XIII, 381), attenersi al ristretto, e trarne alla moglie, negare a tutt'altri il dritto. Toullier intanto, combattendo su tal punto la soluzione degli antichi scrittori con una tal convinzione, che non basterebbe, egli dice, l'autorità della Corte suprema per farlo cangiar di parere, adotta un manifesto errore.

È chiaro infatti che la frase impersonale lascia intieramente dubbio se egli intenda

(1) *Vedi* Malepeyre e Jourdain (n. 130); Duvergier (n. 264); Troplong (n. 660); Championnière e Rigaud (n. 2756); Rodière e Paolo Pont (II-236).

(2) Lebrun (l. 3, cap. 2, sez. 2, dist. 5); Pothier (n. 401); Rodière e Paolo Pont (II-260); Caen, 28 maggio 1849 (Dev., 49, 2, 694).

parlare di altre persone che la moglie; e mentre la legge impone d'interpretar la clausola rigorosamente, non la si può applicare a tali persone. L'idea di Toullier è stata rigettata anche dal suo annotatore (1).

Ma non bisogna eccedere nel rigore; ogni qualvolta la volontà delle parti, quantunque non esplicita nel contratto, pure si manifesti chiaramente, dovrà avere il suo effetto. Così, quando si stipuli la facoltà per la moglie e per i suoi eredi collaterali, vi si dovranno dichiarar compresi gli ascendenti e i discendenti, poichè chiamandosi nel contratto gli eredi meno favoriti, gli altri vi si dovranno comprendere *a fortiori*. Parimente, chiamandosi esplicitamente gli ascendenti, i discendenti s'intendono chiamati virtualmente. Infine, chiamandosi *i figli*, s'intendono tutti i *discendenti*; poichè al postutto sono sinonime le due parole; la parola *figli* è una espressione generica che si impiega per tutte le generazioni, aggiungendovi anche le parole *di 2° grado*, *di 3° grado*, ecc., non che *di 4° grado*; e lo stesso Codice, che così ovunque l'intende, nel nostro articolo la prende appunto in tal senso, distinguendo le tre classi di eredi in *collaterali*, *ascendenti* e *figli*. Tale espressione di figli inoltre abbraccia quelli di qualunque qualità; i naturali e gli adottivi, come i legittimi, quelli d'un precedente matrimonio, come quelli nati dal matrimonio (Pothier, numeri 387-390).

Se la moglie lascia insieme un erede di sangue, chiamato ad esercitar la ricupera, ed un legatario universale non chiamato, s'aprirà egli il dritto? Se l'erede è legittimario, si apre il dritto, poichè egli è investito della eredità, non ostante vi sia il legatario universale (art. 1004 (930 M)); ma se per l'incontro vi sia un erede non legittimario, in tal caso il legatario universale è l'investito (artic. 1006 (932)); l'erede non è più tale, e non essendo, per ipotesi, compreso nella clausola il legatario, il dritto non si apre, la ricupera non può esercitarsi.

Del resto, dicendosi che le persone non chiamate nel contratto non possono esercitare il dritto di ricupera, ciò non importa che esse non lo potranno *esercitare* assolutamente, ma che non può *aprirsi* per esse: aperto il dritto in persona di colui per il quale fu stipulato, esso potrà dipoi, come qualunque altro dritto, trasmettersi ai rappresentanti di essa persona o esercitarsi dai suoi aventi-causa.

Or cotesto dritto si apre allo scioglimento della comunione: vero che esso può solo esercitarsi rinunziando alla comunione (2), ma tale rinunzia è una specie di peso, un obbligo necessario perchè si eserciti il dritto; ma non per essa si apre il dritto ed ha effetto in prò della persona, ma per il fatto stesso dello scioglimento. Sicchè il dritto di ricupera si apre o pur no, secondochè allo scioglimento della comunione esista o non la persona o una delle persone chiamate.

Così, per esempio, se il dritto si stipula solo per la moglie, e la comunione si scioglie per la morte di lei, o se stipulandosi per la moglie e per i suoi figli, essa muore senza lasciarne, il dritto di ricupera non esisterà. Se per l'incontro la comunione si scioglie o per la morte del marito o

(1) La Thaumassière (Quist., 2 cent., cap. 72); Pothier (n. 383); Rodière e Paolo Pont (II-245); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Troplong (III-2077).

(2) È ben chiaro che la moglie, siccome giudicò una decisione di Tolosa del 27 genn. 1844 (Dall., 44, 2, 391), non può mai ricuperare ciò che ha conferito, se non rinunciando alla comunione; e non comprendiamo come Dalloz, riportando tale decisione, abbia messo in dubbio se la moglie potrebbe stipulare questa ricupera anche per il caso di rinuncia. Una moglie può stipular sempre di riprendere i suoi mobili, sì accettando che rinunziando, ma questo dritto di riprender tutti o una parte dei suoi mobili senza condizione, assolutamente e in qualunque ipotesi, non sarà più la clausola di riprender quel che si ha conferito, ma una clausola di esclusione. Poichè il dire che essa intende riservarsi, come proprî, i suoi mobili, lasciandone alla comunione il godimento, o che li rilascia alla comunione per riprenderli allo scioglimento, ciò vale lo stesso. Si applicherebbero allora le regole spiegate sopra alla sezione II, e non quelle del nostro articolo. *Vedi* Paolo Pont e Rodière (II-240); Troplong (III-2105).

per la separazione di persona o di beni, il dritto si apre al momento istesso in prò della moglie, e quand'anche essa muoja pochi giorni o poche ore dopo, il dritto è nel suo patrimonio, e lo trasmetterà ai suoi eredi, qualunque si fossero, figli, ascendenti, collaterali, legatari, ec., i quali lo eserciteranno rinunziando alla comunione: e se la moglie, o dopo di lei i suoi rappresentanti lo trascureranno, esso si potrà esercitare dai loro creditori, giusta l'articolo 1166 (1119).

III.—Se la moglie abbia trasmesso alla comunione i beni di cui ha stipulato la ricupera, potendo il capo di essa comunione, divenuta *pienamente* proprietaria, disporne ed *alienarli*, la moglie non potrebbe riprenderli più in natura; essa ha dritto solo al valore che avevano i beni entrando nella massa comune; essa non ha che un dritto di credito (1). E siccome per l'effetto stesso della sua rinunzia, la comunione più non esiste, ed i beni prima comuni son tutti divenuti beni del marito, questo credito si esercita non contro la comunione, la quale più non esiste, ma contro il marito, e produrrà gl'interessi, non ostante la contraria dottrina di Rodière e Paolo Pont, e d'una decisione della camera dei ricorsi (2), dal giorno della dimanda giudiziale. Questa idea è stata svolta già sotto l'articolo 1493 (T).

Del resto, quest'ultima regola del nostro articolo l'abbiamo già spiegata sotto l'articolo 500 (423); la moglie per esercitar la sua ricupera deve render conto alla comunione dei suoi debiti da questa pagati, i quali corrispondono all'attivo che essa riprende. Così, se essa riprende tutti i mobili recati al tempo del matrimonio, e che secondo i principî erano entrati nell'attivo comune, deve sostenere tutti i debiti mobiliari di cui essa era allora gravata, e che per reciprocanza erano entrati nel passivo sociale; se il suo dritto di ricupera verserà sulla metà dei mobili, essa sosterrà la metà di questi stessi debiti; se il dritto fosse stato stipulato per i mobili delle successioni e donazioni da pervenire durante il matrimonio, la moglie dovrà rimborsar la comunione soltanto dei debiti di esse successioni e donazioni; se infine essa avesse stipulato la ricupera di una determinata somma o d'un oggetto particolare, i debiti resteranno tutti interi a carico della comunione, poichè *universi patrimoni, non certarum rerum, aes alienum onus est*. Quest'ultima proposizione, chiara come le altre, e professata a ragione da Pothier (n. 411), è stata nondimeno notata da Battur (II-445); ma la censura è fondata sopra uno scambio preso dallo stesso Battur. Egli suppone che Pothier parli d'una moglie la quale riprenda la somma o l'oggetto determinato *che avrebbe costituito tutta la sua dote*, mentre qui invece si tratta d'una moglie la quale, fatta la collazione ordinaria e di dritto comune, cioè *di tutti i suoi beni mobili*, abbia stipulato la ricupera del tal mobile o di una somma di... Or se la moglie nel primo caso deve sostenere i suoi debiti, non li dovrà nel secondo. E ciò è ben chiaro; poichè nel primo caso (oltre qualunque quistione di ricupera) la sua collazione d'una determinata somma o d'un corpo certo ha lasciato proprî nel

(1) Conseguentemente alla giurisprudenza da noi citata sotto l'articolo 1472 (T), n. 3, nota 1, molte decisioni han giudicato che questa clausola di ricupera di quel che si ha conferito franco e libero, in caso di rinunzia, darebbe alla moglie il dritto di esercitar le sue ricupere, in preferenza ai creditori, sui beni della comunione e su quelli del marito. — Vedi specialmente Parigi, 23 apr. 1855; Metz, 12 e 14 giugno 1853 (Devill., 55, 2, 321 e 449). La Corte di cassazione giudicò anche, che la stipulazione parziale della regola dotale risulta dalla clausola con cui si dichiara che la moglie o i suoi eredi avranno il dritto, nel caso di rinunzia della loro parte di comunione, di riprendere franco e libero ciò che han conferito, ad esclusione di tutti i creditori della comunione, anche quando la moglie si sia obbligata congiuntamente col marito, o quando sia stata personalmente condannata. Rig., 7 febbraro 1855 (Dev., 55, 1, 380) e 16 apr. 1856 (Dev., 56, 1, 411). Queste soluzioni sono assolutamente contrarie ai principî in materia di comunione, e mettono il più grave scompiglio nella pratica. *V.* su ciò le osservazioni critiche di Paolo Pont nel *Dritto* del 19 aprile 1856, e nella *Rivista critica*, tomo IX, p. 97 e seg. — Vedi pure Dijon, 3 aprile 1855 (Dev., 55, 2. 209).

(2) Paolo Pont e Rodière (II 262); Rig., 3 febbraro 1835.

suo patrimonio *tutti* i suoi beni mobili, formando così una tacita clausola di separazione di debiti (articolo 1511 (T)); ma nel secondo, avendo messo la moglie in comunione tutti i suoi mobili, e ricuperandone un oggetto particolare, la comunione conserva l'intiero patrimonio mobiliare di costei, e deve quindi sostenerne i debiti (1).

SEZIONE VI.

DELLA PRECAPIENZA CONVENZIONALE.

1515 (T). — La clausola colla quale il coniuge superstite è autorizzato a prelevare prima di qualunque divisione una data somma o una data quantità d'effetti *mobiliari* in natura, non dà diritto a tale prededuzione, in vantaggio della moglie sopravvivente, che quando essa accetti la comunione, purchè nel contratto di matrimonio non le sia stato riservato un tale diritto, anche in caso di rinuncia.

Fuori del caso di questa riserva, la prededuzione non si eseguisce, che sulla massa divisibile, e non sui beni particolari del coniuge premorto.

SOMMARIO.

I. Della precapienza. Quale può essere il suo oggetto. Dottrina di Pothier, che non può applicarsi sotto il Codice: controversia.

II. La precapienza può anche stipularsi indipendentemente dalla sopravvivenza di chi ha il beneficio, sebbene il Codice non ne parli.

III. Nei due casi la moglie vi ha dritto accettando. Il dritto che essa stipulerebbe assolutamente e senza condizione di accettare, non sarà una precapienza.

I. — Nei contratti di matrimonio si può stipulare, o indistintamente pel coniuge sopravvivente, o per il tale di essi che sopravvive, il dritto di prelevare pria della divisione una tal somma o quantità di mobili o di immobili, od anche danaro, mobili ed immobili, o congiuntamente o alternativamente. Tal dritto di prelevamento si dice precapienza (*preciput*) da *prae capere*, prendere pria della divisione; e precapienza *convenzionale*, nome anche oggi esatto (risultando tal dritto dalla *convenzione* inserita nel contratto), non ha più il particolare senso d'altra volta, in opposizione alla precapienza legale, cioè stabilità di pieno diritto da alcune Consuetudini. Non vi è più oggi precapienza legale sotto il Codice, ed il dritto di prelevamento è sempre convenzionale.

Diciamo noi che il dritto può avere per oggetto ogni sorta di beni della comunione, separatamente, alternativamente o congiuntamente, poichè i coniugi posson fare qualunque stipulazione non contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico. Posson perciò convenire che il sopravvivente preleverà o danaro, o mobili o immobili in natura, o beni in natura e danaro insieme, o beni o danaro a sua scelta; e l'oggetto può essere o una stabilita somma, o i tali beni determinati, o mobili o immobili fino alla concorrenza di una somma di....., o una parte della comunione (il quarto, l'ottavo, ecc.) o finalmente tutti i beni di una determinata specie: per esempio, se per la moglie, tutti gli abiti, gioje, oggetti di lusso; se per il marito, i suoi libri, oggetti d'arte o di scienza, le sue armi e cavalli, ecc. Diceva Pothier (n. 441), che nel caso di precapienza di beni di una certa classe, la clausola avrebbe il suo effetto se i beni della indicata specie non fossero di gran

(1) Duranton (XV-162); Zachariae (III, 547); Paolo Pont e Rodière (II-265); Odier (II-863); Troplong (III-2102).

valore, e che gli eredi del coniuge premorto potrebbero far decidere dal magistrato se il valore sia o no proporzionato agli averi dei coniugi onde ridurlo se eccede. Ma non ostante l'opinione di alcuni scrittori (1), tale idea è inammessibile sotto il Codice. L'arbitrio dato ai magistrati nella antica giurisprudenza è loro interdetto, ed essendo permesso ai coniugi di dare all' uno di essi anche l' intiera comunione (articolo 1525 (T)), con più ragione posson essi dar la tale o tale specie di beni, che quella compongono. Certo che se per molto avvantaggiare il sopravvivente dei coniugi si è acquistata gran quantità di oggetti, prevedendo la vicina morte dell' altro coniuge, la pruova potrebbe farsi ed ottenersi la riduzione; perchè sarebbe violato il vero concetto del contratto. Ma tranne la frode, non può censurarsi il risultamento della disposizione, nè nella nostra ipotesi, nè in qualunque altra (2).

II.—Diciam pure che la precapienza può stipularsi o in vantaggio del coniuge che sopravvive, o soltanto del tal coniuge, nel caso che sopravviva. — Può anche, essendo liberi i coniugi di far qualunque convenzione non contraria all' ordine pubblico, essere stipulata indipendentemente dalla sopravvivenza del coniuge all' altro, e per ogni divisione della comunione, qualunque sia la causa del suo scioglimento. La precapienza può dunque, in quanto al coniuge, e non parlando dei suoi eredi, essere stipulata in tre modi: 1. pel coniuge che sopravviverà all' altro coniuge; 2. per il tal coniuge se sopravvive; 3. finalmente anche per il tal coniuge allo scioglimento della comunione, qualunque ne sia la causa.

Anche in quest' ultimo caso la precapienza sarebbe condizionale come nei due altri; sarebbe essa subordinata alla condizione che il coniuge sopravviverà non più all'altro coniuge, ma almeno allo scioglimento della comunione e che questa non finirà con la morte di lui. La clausola di precapienza, derogando al dritto comune, deve intendersi restrittivamente, e se è stipulata per la moglie, il dritto non appartiene agli eredi di lei se non sieno formalmente chiamati. Quando dunque si dirà, che sciogliendosi la comunione potrà *la moglie* prendere per precapienza i tali beni, la clausola avrà effetto solo se la comunione si scioglie con la morte del marito o con la separazione sia di persona sia di beni, ma non se essa si scioglie con la morte della moglie. Sarebbe altrimenti se si fosse detto: « Potrà la moglie, *sopravviva o premuoja* », o anche: « *la moglie o i suoi eredi potranno* ». E siccome tale stipulazione pel marito e *suoi eredi* può farsi, o soltanto quando si scioglie la comunione per la morte, o anche se per qualsiasi causa, la stipulazione della precapienza può dunque, quanto all' avvenimento che deve aprirla, farsi in cinque diversi modi.

Benchè la precapienza possa così stipularsi in vantaggio di un coniuge per qualunque scioglimento della comunione, e indipendentemente dalla premorienza dell' altro coniuge, pure il Codice non parla di tal caso, molto meno frequente dell'altro, ma solo *de eo quod plerumque fit*, supponendo nel nostro articolo e nei seguenti una precapienza stipulata esclusivamente per la premorienza dell' altro coniuge.

III.—D'altronde, nell'un caso e nell'altro la moglie ha soltanto dritto alla precapienza accettando la comunione; perchè la precapienza è un atto preliminare della divisione, è il dritto di prendere due parti nei beni comuni; or rinunziando la moglie, non vi son più beni comuni, non più divisione da farsi (3). Il nostro articolo, dopo aver detto che la moglie ha dritto al prelevamento se

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Precap. conv.*, § 2, n. 3); Battur (II-467); Zachariae (III, 549).

(2) *Sic* Toullier, tom. XV, n. 407; Paolo Pont e Rodière, tom. II, n. 283. — Ma la clausola con cui è stipulato che la moglie, premorendo il marito, toglierà a titolo di precapienza le sue gioie e diamanti, o in loro vece una determinata somma, dà alla moglie il solo dritto di esercitare la precapienza sulla massa della comunione; la moglie non ha dritto d'esser pagata sui beni personali del marito. Rig., 3 agosto 1852 (Dev., 52, 1, 833).

(3) *Vedi* Amiens, 23 gennaro 1851 (Dev., 53, 2, 112. — *Vedi* pure Paolo Pont e Rodiere (t. II, numero 290).

accetta la comunione, par che faccia eccezione a tal principio col dire « tranne che il contratto non le abbia riserbato tal dritto anche rinunziando ». Ma coteste parole mal rispondono al concetto, e non vi è la pretesa eccezione. È impossibile infatti si faccia *un prelevamento pria della divisione* (usiamo dei termini stessi della legge), quando non vi è divisione. Certo ha voluto dire il Codice potersi stipulare, sia per la moglie soltanto, o per essa e suoi figli, ascendenti, eredi o altri successori, il dritto di prendere, tanto accettando che rinunziando, o una certa somma, o beni in natura fino alla concorrenza di. . . o i tali mobili o immobili determinati. Ma questo non è più un dritto di precapienza, di prelevamento sulla comunione; bensì un credito della moglie contro il marito, e diversi ne sono i risultamenti (1).

Una vera precapienza può solo esercitarsi sui beni comuni; in guisachè il coniuge beneficiato che può prendere fino all'ultimo centesimo dell'attivo sociale per soddisfar la sua precapienza, non può nulla pretendere al di là, nè agire su' beni personali del suo coniuge; e se la comunione non ha un attivo che basti, la precapienza sarà in parte soddisfatta; ed ove attivo non vi sia, essa non lo potrà essere punto.

Se al contrario la moglie si è riserbato assolutamente un dritto, sì rinunziando che accettando, e indipendentemente dai dritti che essa può avere sulla comunione, lo stato di questa si fa indifferente, e può la moglie, accetti o rinunzî, esercitare il suo dritto sù tutti i beni del marito, o dei suoi eredi (Pothier, n. 448).

1516 (T). — La prededuzione non si risguarda come un vantaggio soggetto alle formalità delle donazioni, ma come una convenzione matrimoniale.

SOMMARIO.

I. Cattiva redazione dell'articolo. La precapienza non è una donazione e non può ridursi, oltre il caso dell'articolo 1527 (T): controversia.

I. — Benchè la precapienza sia vantaggiosa al coniuge che l'ottiene, non costituisce essa, nella teoria della legge, una ordinaria donazione, che gli eredi legittimarî potrebbero far ridurre in caso che ecceda la quota disponibile; essa in generale si reputa convenzione tra socî, clausola a titolo oneroso, e solo dai figli d'un primo matrimonio del coniuge che procura il beneficio, potrebbe, secondo la disposizione dell'articolo 1527 (T) simile a quella dell'art. 1496 (T), esser censurata in caso di eccedenza.

Delvincourt (t. III) e Bugnet (*sopra Pothier*, t. VII, p. 246), prendendo alla lettera il nostro articolo, insegnano che soltanto per *le formalità* la clausola non è riguardata donazione, e che tutte le regole delle donazioni debbono applicarsi; ma tale interpetrazione non può ammettersi in faccia all'ultime parole del nostro testo, alla disposizione dell'art. 1525 (T), in ultimo alla dottrina di Pothier.

La cattiva compilazione della prima parte del nostro art. 1516 (T) è poi corretta, poichè dopo aver detto che la precapienza non si reputa soggetta alle *formalità* delle donazioni, il che potrebbe far credere che non sia meno considerata come donazione, la legge dice che non lo è, e che tal precapienza legalmente costituisce *una convenzione di matrimonio*. D'altro lato lo art. 1525 (T), prevedendo un caso molto più grave del nostro (in cui si tratta di assegnare al superstite tutta intiera la comunione), dichiara anche che la clausola sarà riputata *convenzione di matrimonio*, e spiega che il vantaggio non sarà governato dalle

(1) *Vedi* una decisione di Limoges del 6 agosto 1849 e le osservazioni del raccoglitore il quale par creda a torto esservi una vera precapienza (Dev., 50, 2, 108).

regole delle donazioni sì per *la sostanza* che per la forma; se così è per l'assegnamento di tutta la comunione, con più ragione lo sarà per una semplice precapienza.

Finalmente la lettura di Pothier fa conoscere d'onde sia nata la mala redazione, d'onde venne fuori la difficoltà. Diciam noi, presa alla lettera la frase non avrebbe alcun senso; perchè qual sarebbe la formalità dispensata per la precapienza? Non l'autenticità, dovendo essere autentico ogni contratto di matrimonio (art. 1394 (1348)); non l'accettazione espressa, dispensandone la legge tutte le donazioni fatte nel contratto di matrimonio (art. 1087 (1042)); non la trascrizione, non potendo esservi sottoposta la precapienza perchè non si oppone ai terzi; (art. 1519 (T)) non lo stato estimativo, richiesto per le donazioni di mobili, perchè qui trattasi di beni futuri, per la donazione dei quali lo stato estimativo non è nè può essere richiesto (articolo 948 (872), n. 1 *in fine*). D'altronde il difetto della compilazione facilmente si spiega. Nel dire Pothier (n. 442) che la precapienza non è una donazione, bensì una convenzione di matrimonio, aggiunge che in conseguenza non è soggetta *alla formalità dell'insinuazione*, ed i nostri compilatori che non potean più parlare dell'insinuazione, già tolta di mezzo, han dichiarato la clausola libera dalle *formalità* delle donazioni. Ma non ostante tal frase che non può aver senso, ben si comprende il vero concetto dell'articolo, manifestato chiaramente dal suo fine e dall'art. 1525 (T) (1).

1517 (T). — Si fa luogo alla prededuzione per la morte naturale o civile.

Si apre la precapienza all'avvenimento per cui si è stipulata; se stipulata in vantaggio del tal coniuge, in qualunque modo la comunione si sciolga, si aprirebbe indipendentemente dalla morte d'alcuno dei coniugi, per la semplice separazione di beni; se come d'ordinario, e come lo suppongono tutti i nostri articoli, è stata soltanto stipulata pel sopravvivente dei due coniugi, si aprirà il dritto solo per la premorienza dell'altro. Ma devesi ritenere come premorto il coniuge che è morto civilmente? Tal quistione ora non è più controversa. Il Codice applicando qui il principio stabilito nell'art. 25 (T), paragrafo ultimo, cioè che il coniuge, come gli eredi del morto civile, possono esercitare tutti i dritti che si aprirebbero per la morte naturale, vuole che la morte civile d'un coniuge, apra come la naturale, la precapienza dell'altro coniuge.

Spetta a colui che intende esercitare la precapienza, provare che il dritto si è aperto in suo vantaggio, o del suo autore. Diciamo o in vantaggio del suo autore, perchè apertosi il dritto, esso può trasmettersi come qualunque altro, e se la moglie che avea stipulata la precapienza nel caso di sua sopravvivenza, sopravvive in fatti al marito, il dritto di lei apresi immediatamente; e se morisse, i suoi eredi lo eserciterebbero, provando esser ella sopravvissuta, anche per pochi istanti.

Ma gli eredi di lei devono provare il fatto della sopravvivenza; e quand'anche si trattasse da un lato, di due coniugi, chiamati ugualmente alla precapienza stipulata per qualunque dei coniugi che sopravvivrà, e d'altro lato, i coniugi fossero morti nello stesso avvenimento, non si potrebbero qui invocare le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli art. 720-722 (641-643). Nello spiegare i quali vedemmo che possono estendersi soltanto ai casi previsti, e se gli eredi di uno dei due coniugi non potesse provare che il loro autore è morto l'ultimo, svanirebbe il dritto alla precapienza, e la comunione si dividirebbe in metà (Pothier, num. 441).

1518 (T). — Quando lo scioglimento della comunione deriva dal divorzio o dalla se-

(1) V. Paolo Pont e Rodière (t. II, nn. 277 e seguenti.

parazione personale, non vi è luogo allo attuale rilascio della cosa da prededursi; ma il coniuge che ha ottenuto o il divorzio o la separazione personale, conserva i suoi diritti alla prededuzione nel caso di sopravvivenza. Se la moglie ha ottenuto il divorzio o la separazione, la somma o la cosa che costituisce la prededuzione, resta sempre provvisionalmente al marito coll'obbligo di dare cauzione.

SOMMARIO.

I. Redazione incompleta e viziosa dell'articolo. Disegno della spiegazione.
II Schiarimento della prima frase del testo. Precapienza ordinaria.
III. Seconda frase: Precapienza stipulata anche nel caso di rinunzia. La cauzione si deve solo in tal caso: controversia.
IV. Del caso di separazione! di beni. Della precapienza stipulata senza condizione di sopravvivenza.

I. — Infelice oltre ogni dire è la compilazione di questo articolo, ed ognuna delle sue due frasi, e più la seconda, presa alla lettera, trarrebbe a falsissime idee. Specialmente la seconda; perchè la prima al postutto è molto esatta, se la si riguardi sotto l'aspetto con cui furono scritti gli articoli della nostra sezione, cioè quando trattasi della precapienza che apresi alla morte di uno dei coniugi: il solo lievissimo difetto da rimproverarle si è l'avere omesso il caso di separazione di beni. Ma non è lo stesso della seconda, la quale anche sotto tale aspetto è difettosa stranamente e inescusabilmente.

Spiegheremo in pria separatamente ognuna delle due disposizioni dell'articolo, guardandole sotto il loro proprio aspetto; poscia le compiremo con l'esame dei casi previsti.

II. — Primieramente dice la legge che la precapienza di cui essa tratta, cioè quella stipulata per la premorienza d'uno dei coniugi, non dà luogo allo attuale rilascio in caso di scioglimento fatto per la separazione di persona (al divorzio non si pensa più); ma che il coniuge che ha fatto dichiarare la separazione conserva i suoi dritti pel caso in cui sopravviva.

Semplicissima è tale proposizione. Quando la precapienza deve aprirsi, come spesso accade, se il coniuge chiamato sopravviva all'altro, non lo si può se la comunione si sciolga per la separazione di persona perchè tuttavia vivino i due coniugi, ed ignorasi chi sarà il primo a morire. — Sia dunque che la precapienza sia stata stipulata indistintamente per quello dei coniugi che sopravviverà (ciò suppone il nostro articolo), o solo per il tal coniuge, non si apre ora la precapienza, ma potrà aprirsi più in là, e non in vantaggio dell'uno o dell'altro coniuge, bensì, come dice il nostro articolo, in vantaggio di quello che ha ottenuto la separazione. Colui contro cui è stata pronunziata la separazione, perde ogni dritto alla precapienza secondo l'articolo 299 (228), il quale scritto per il divorzio estendesi alla separazione di persona, siccome d'altronde l'abbiamo dimostrato, ed è stato riconosciuto dalla giurisprudenza oggi costante della Corte suprema (1) e delle Corti di appello (art. 211, n. I e II) (T).

Se la precapienza dunque era stipulata in vantaggio del tal coniuge contro cui appunto è pronunziata la separazione di persona, la precapienza non sarebbe dovuta. Ma se stipulata per il sopravvivente, qualunque si fosse, o se quello dei coniugi chiamato dal contratto fa pronunziare la separazione, la precapienza si aprirà poi. Quindi, dopo divisa in metà la comunione, il coniuge che potrebbe forse aver dritto alla precapienza sarà creditore, sotto condizione, contro l'altro conjuge per la

(1) Tra le decisioni citate nei precedenti volumi se ne può unire altra più recente: Cass. (di una decisione di Douai) 18 giugno 1849 (il *Dritto* del 19).

metà di essa (avendo l'altra nella sua porzione di comunione), e se egli poi sopravvive, chiederà il pagamento di tal metà dalla successione del predefunto. Se la precapienza dovrà pagarsi in danaro, la metà è determinata dal contratto; nel caso contrario bisognerà, al tempo della divisione, fare una stima delle cose soggette a precapienza, onde stabilir la somma che dovrà pagare al sopravvivente l'eredità del premorto. Ciò dice Pothier (n. 445); e su tal punto ei pruova, del pari che il nostro articolo, l'inammissibilità della dottrina da noi confutata, secondo la quale il coniuge la cui successione potrà pagare poi la metà della precapienza, sarebbe obbligato a dare cauzione all'altro coniuge; la quale imponesi nel particolar caso e del tutto diverso di cui tratta la seconda frase dell'articolo.

III. Tal frase, tanto mal redatta significherebbe che in tutti i casi in cui la moglie conserva un dritto eventuale alla precapienza, resta al marito fino alla morte dell'uno dei coniugi tutto che riguarda la precapienza... Basta ciò a mostrare l'assurdo di tali idee. Sia una comunione con un *attivo* netto di 50,000 fr. su cui la moglie ha stipulato una precapienza di 10,000: questa che in ogni ipotesi, e quando sia la prima a morire, ha sempre dritto alla sua metà di comunione, o a 25,000 franchi. secondo tal sistema sarebbe astretta di lasciare al marito il godimento non solo della metà della precapienza eventuale che entra nella di lui porzione, ma anche dell'altra che entra nella propria porzione, e non potrebbe quindi prendere nella divisione che 20,000 franchi! Pure essa che ne avrebbe 25,000, se non avesse stipulato un particolar vantaggio, ne avrà solo 20,000, perchè riserbavasi la precapienza! Certo i compilatori non han detto quel che volevano, ma ciò è indicato dalla natura delle cose e da Pothier.

Hanno essi creduto stabilire tal regola, non come dice il testo, per tutti i casi in cui la moglie conservi il suo dritto di precapienza, ma per il particolare in cui essa conservi, *rinunziando*, il suo dritto ad una precapienza da lei stipulata in caso di rinunzia. Di ciò parlava Pothier dopo aver trattato delle altre ipotesi (n. 448).

In tal modo, riserbandosi la moglie, anche nel caso di rinunzia, una precapienza di 10,000 fr. (impropriamente detta, come si è visto sotto l'art. 1515 (T), n. III), e che alla separazione di persona rinunzia alla comunione, l'applicazione della regola è ragionevole: per la rinunzia della moglie resta il marito il solo proprietario dei beni comuni, e resta a lui provvisoriamente, e salvo a restituire ove la moglie sopravviva, non la metà ma tutto che riguarda la precapienza. È dunque unicamente alla moglie *che rinunzia* applicata la nostra disposizione, siccome riconoscono tutti gli scrittori (1).

Ma se tutti son d'accordo su ciò, non lo sono su di un altro punto, che pure è conseguenza del primo, cioè se si dovesse domandare cauzione per la moglie che rinunzia. Molti giureconsulti credono che possa anche chiedersi la cauzione quando la moglie accetti, e divida in metà; ma non sono tra essi in armonia, e mentre gli uni dànno alla moglie il dritto di domandar la cauzione, sostengono altri che spetti al marito (2)..... Appartenga ciò al marito o alla moglie, l'idea non è esatta; poichè solo la moglie *che rinunzia* può domandar la cauzione.

In principio la cauzione può chiedersi da colui a cui è stata accordata da una convenzione o da un testo di legge; in mancanza di regola espressa, tal facoltà non apparterrebbe ad alcun creditore, anche attuale ed immediato, e con più ragione ad uno eventuale, come un coniuge precapiente. Parlando solo il nostro articolo della moglie, è certo che tranne una espressa stipulazione nel contratto di matrimonio, tal dritto

(1) Delvincourt (t. III); Toullier (XIII-397), Duranton (XV-194), de Villargues (Prec. conv., n. 36), Zachariae (III, p. 550). Paolo Pont e Rodiere (II-301), Taulier (V, p. 205), Odier (II-880), Duvergier (sopra Toullier).

(2) Delvincourt, Duranton, Zachariae, Duvergier, Mourlon (p. 93).

non può appartenere al marito. Ma se il marito, che potrebbe forse aver dritto ad una precapienza, di cui la moglie ha provvisoriamente la metà, non può chiedere da lei cauzione, come potrebbe ella, nel caso inverso chiederla al marito?..... La cauzione o si dava ad entrambi o a nessuno. A tal ultima idea si è attenuto il Codice, poichè l'articolo prevede separatamente con due frasi: 1° il caso di divisione della comunione in metà; 2° l'assegnamento di tutta la comunione al marito per la rinunzia della moglie, ed in tal ultimo caso autorizza la cauzione.

Invano direbbesi che la seconda frase parla della moglie in generale, e senza distinzione di sorta, essendo riconosciuto dai nostri stessi contraddittori essere giusto in tal punto difettosa la compilazione, e che soltanto per la moglie *che rinunzia* è scritta tal frase. Da ultimo, le due regole del nostro artic. son semplicissime atteso le spiegazioni che i nostri compilatori leggevano in Pothier; il quale dopo aver detto della divisione in metà senza parlare nè di cauzione nè di altra garanzia aggiungeva, per il caso in cui la rinunzia della moglie lasciava al marito tutta la precapienza da lei stipulata per la medesima rinunzia, che la convenzione rendeva il marito e i suoi eredi *garanti della precapienza* in faccia alla moglie (n. 448).

Il dritto di richiedere la cauzione, non ammesso nei casi ordinarî, lo è stato più facilmente per i due fatti, che da un lato resti al marito tutta la precapienza e non una porzione, e che dall' altro il cattivo stato della comunione (manifestato dalla rinunzia della moglie) dia men sicurezza per l'amministrazione del marito. Se questi non dà cauzione, potrebbe essa supplirsi o col deposito eseguito nella cassa dei depositi, o impiegando con buona ipoteca una somma uguale al valore della precapienza, e di cui il marito avrebbe i frutti.

IV. Parliamo dei due casi non previsti dal nostro articolo: il primo è quello in cui, essendo stipulata la precapienza, siccome suppone il Codice, solo per la sopravvivenza, sarebbe sciolta la comunione non con la separazione di persona, ma con quella di beni. Nella separazione di persona le regole sarebbero le stesse, tranne che non vi sarebbe decadenza *per il* marito contro cui si è pronunziata la separazione (non parliamo della moglie la quale non può chiedere la separazione di beni). Qualunque sia il conjuge chiamato alla precapienza, conserverà sempre il suo dritto eventuale; se la moglie accetta si dividerà la comunione provvisoriamente in metà, salvo a riprender poi il superstite la metà della precapienza sulla eredità del suo coniuge premorto, senza che l'uno e l'altro coniuge abbiano il dritto di domandare la cauzione; che se la moglie rinunzia, ed abbia stipulato la sua precapienza, anche in tal caso, riman questa per intera provvisoriamente al marito coll'obbligo di dar cauzione.

Il secondo caso è d'una precapienza stipulata non per la morte d'uno dei conjugi, ma per qualunque scioglimento della comunione; in tal caso non potrebbero più applicarsi le disposizioni del nostro articolo, tranne sempre la decadenza del conjuge contro cui si pronunzia la separazione di persona. Si sciolga adunque la comunione o con la separazione di persona, o con quella di beni, sarà più nulla provvisorio, come nel caso del nostro articolo; ma tutto sarà diffinitivo perchè appunto l' indicato avvenimento dovea aprire la precapienza già compitasi. La quale, o si dovrà pretendere immediatamente, o immediatamente si estinguerà se è pronunziata la separazione di persona contro il coniuge chiamato alla precapienza.

1519 (T).—I creditori della comunione hanno sempre il diritto di far vendere gli effetti compresi nella prededuzione, salvo al coniuge il regresso, in conformità dell'articolo 1515 (T).

I. In qualunque modo sia stipulato il dritto di precapienza non può mai oppor-

si ai creditori della comunione; i quali posson sempre far sequestrare e vendere i beni, anche particolarmente determinati, che fan l'oggetto della precapienza, del pari che il marito, qual capo della comunione, può sempre alienarli, non potendovisi opporre la moglie, per cui sarebbe stipulata la precapienza. Il coniuge precapiente potrà rivolgersi pel valore della precapienza, o sugli altri beni comuni e fino alla loro concorrenza, per una ordinaria precapienza, o anche, per una stipulata dalla moglie anche nel caso di rinunzia, sui beni personali del marito, come si è visto sotto l'art. 1515 (T).

Il nostro articolo pria che fosse diffinitivamente compilato, diceva: « salvo il regresso pel valore degli effetti nella *divisione della comunione.* » Ma il Tribunato, cui ne fu fatta la comunicazione, fece osservare che nella precapienza stipulata dalla moglie anche nel caso di rinunzia, l'azione di lei, secondo l'art. 1515 (T), non era ristretta ai beni della comunione, e propose sostituire alle espressioni troppo ristrette, *nella divisione della comunione*, queste più larghe, *conformemente all'art.* 1515 (T), (Fenet XIII, pagina 517 e 616).

Infatti nel Codice leggesi qual fu poi redatto; e se i termini ne son vaghi, se ne comprende bene il senso, sì pei principî, come per la spiega del Tribunato.

SEZIONE VII.

DELLE CLAUSOLE COLLE QUALI SI ASSEGNANO A CIASCHEDUNO DEI CONIUGI PARTI INEGUALI NELLA COMUNIONE.

1520 (T). — I coniugi possono derogare alla eguaglianza della divisione stabilita dalla legge, tanto con l'assegnare nella comunione al coniuge sopravvivente, o suoi eredi, una porzione minore della metà, *quanto* con l'assegnargli una somma fissa per qualunque diritto nella comunione, e così pure collo stipulare che la comunione intera, in certi casi, apparterrà al coniuge sopravvivente o ad uno di essi solamente.

I. — La divisione eguale, ma non in proporzione alle parti versate (come nelle società ordinarie, secondo l'articolo 1853 (1725)), bensì assolutamente, è uno dei principî della comunione legale, che attribuisce a ciascuno dei coniugi la metà dei fondi sociali; ma un tal principio può, come gli altri, modificarsi dalle parti. Esse possono stabilire quelle convenzioni che loro meglio piacciano; ma le più in uso, le sole di cui parla il Codice, si riducono a queste tre: 1° l'assegnamento di parti ineguali (art. 1521 (T)); 2° il contratto eventuale di comunione (art. 1522-1524 (TT)); 3° l'assegnamento eventuale ad uno dei coniugi dell'intiera comunione (articolo 1525 (T)).

Tali stipulazioni però non son le sole che possono farsi dai coniugi; essi anzi godono di una piena ed intiera libertà, purchè si conformino all' ordine pubblico ed ai buoni costumi. Una decisione della Corte di cassazione (1) ci porge l'esempio di due coniugi, i quali convennero divider la loro comunione assegnando i mobili all'uno, all'altro gl'immobili. Vero che Rodière e Paolo Pont (II-316) dicono esser nulla una tale convenzione, perchè dà al capo della comunione un'immensa facilità di avvantaggiarsi positivamente, facendo in modo da comporre la comunione quasi intieramente di quei beni che gli devono appartenere. Ma deve ella annullarsi una convenzione, perchè si presta facilmente alla frode? Qui, come sempre, provandosi la frode (e sappiamo potersi provare anche con semplici presunzioni che risultano da circostanze), cade la convenzione; ma il semplice fatto

(1) Rig., 16 aprile 1833 (Dev., 33, 1, 171).

della possibilità della frode non può ingenerare una nullità. Nella specie di cui trattiamo, non havvi chi abbia messo in quistione la validità della clausola, un altro è il punto su cui cade la controversia. Zachariae (III, p. 553) ritiene anche valida tal convenzione; ma la sua contraddizione su tal riguardo ha dato origine alla giusta censura di Rodière e Paolo Pont; poichè altrove egli dice (senza porgerne alcun motivo, e come se la facesse da legislatore), che la stipulazione della società di acquisti può modificarsi o con una convenzione di parti ineguali, o assegnando lo intiero al coniuge superstite, ma che si riputerebbe come non avvenuta la clausola che la restringerebbe agli acquisti di immobili o di mobili. Cotal soluzione, affermata gratuitamente da Zachariae, non può ammettersi tampoco; vi sarebbe in tal caso nullità, non perchè fosse possibile la frode, ma perchè si sarebbe ella commessa, siccome noi ciò abbiamo di sopra stabilito (art. 1499 (1394 M), V).

Il nostro articolo fu mal redatto lì ove si dice di dare una parte meno della metà al coniuge superstite *o ai suoi eredi*. È chiaro che questi non vengono mai alla divisione, che si fa sempre fra il coniuge sopravvivente e gli eredi del predefunto. Bisogna adunque leggere quelle parole: *AL CONJUGE O ai suoi eredi*, così: *al coniuge superstite O AGLI EREDI DEL PREMORIENTE*, come vedremo nell' articolo seguente.

1. Dell'assegnamento di parti ineguali.

1521 (T).—Quando è stato stipulato che il coniuge od i suoi eredi non avranno che una data porzione nella comunione, come sarebbe il terzo o il quarto, il coniuge cui tale porzione è per tal modo limitata, od i suoi eredi, non sono obbligati ai debiti della comunione che proporzionatamente alla parte delle attività che essi vi hanno.

La convenzione è nulla se obbliga il coniuge limitato come sopra, e i suoi eredi, a soggiacere ad una quantità maggiore di debiti, o se li dispensa dal carico d' una parte di essi eguale a quella che hanno nelle attività.

SOMMARIO.

I. In qual modo può farsi l' assegnamento di parti ineguali nell'attivo.
II. Esso importa attribuzione di parti proporzionali nel passivo; e sarà nulla per lo intiero qualunque convenzione, con cui dividendosi l'attivo in un modo, si dividirebbe in un altro il passivo: errore di Duranton.

I. — L' assegnamento di parti ineguali (anche senza parlare della parte variabilissima che può assegnarsi a ciascun coniuge: all'uno un terzo e all'altro due, a questi un quarto, tre a quell'altro, ecc.), può farsi in varie guise.

In prima, benchè il Codice usi la sola espressione di parte minore della metà (la quale fa virtualmente conoscere la parte maggiore riservata all' altro coniuge), la clausola può per l'incontro formularsi con l'espressione della parte maggiore, o di ciascuna delle parti. Potrà ben dirsi, o che il *premoriente avrà solo un terzo*, o che il *superstite prenderà due terzi*, od anche che *l'uno avrà due terzi e l'altro un terzo*; comunque ciò si esprima, l'idea è sempre la stessa. I coniugi possono ugualmente assegnare la maggior parte a chi meglio lor piacerà; e sebbene di ordinario la si attribuisca al coniuge superstite, ciò che infatti è più naturale, pure essi non sono impediti di assegnarla alla eredità del premoriente.

L'assegnamento (sia della maggiore, o della minor parte) può farsi o al *coniuge superstite*, chiunque si sia, ed allora la divisione in parti ineguali avrà sempre

luogo, poichè vi sarà sempre un coniuge superstite all' infuori del caso speciale in cui morissero nel medesimo tempo, senza che si possa comprovar la sopravvivenza di alcuno di essi); o solo *al tale coniuge superstite*, cioè quando sopravvivesse, in modo che se morisse il primo, la convenzione non si adempirebbe, e si farebbe la divisione in metà.—I coniugi possono stipulare per la condizione di sopravvivenza, non che per altre.

Così essi potranno dire che il coniuge superstite o il tale, se sopravviva, prenderà tre quarti della comunione, *se non vi sieno figli del matrimonio*, in modo che essendovi figli, non si derogherebbe più al dritto comune, e la divisione si farebbe per metà.—L' assegnamento inoltre può farsi o per il coniuge soltanto o per lui e i suoi eredi; esso per quest'ultimi sarà fatto virtualmente non abbisognando che si chiamino espressamente, quando la clausola attribuisce la parte al tal coniuge assolutamente e indipendentemente da qualunque idea di sopravvivenza o di premorienza. Così, dicendosi che la moglie prenderà due terzi, sopravviva o premuoia, *il diritto* appartiene ad essa non che agli eredi, poichè fu stipulato anche per il caso di premorienza.—Da ultimo, benchè l'assegnamento si faccia quasi sempre prevedendo la morte di uno dei coniugi, esso può farsi pure per qualunque divisione della comunione, sia qualunque la causa per cui si disciolga. In quest'ultimo caso, la comunione disciolta per la separazione di persona, o di beni, si dividerà secondo la regola del contratto, come se per la morte di un coniuge; nel primo, sciogliendosi la comunione per separazione di persona o di beni, si farà una divisione provvisoria in parti uguali, salvo ad applicare, se occorra, la regola particolare del contratto, morendo uno dei coniugi.

II.—L' assegnamento di parti ineguali nell'attivo importa di pieno dritto, e senza che sia mestieri il dirlo, l'assegnamento di parti uguali nel passivo: quando il tal coniuge nella tale ipotesi dovrà prendere i tre quarti dei beni, egli dovrà sostenere i tre quarti dei debiti, potendo solo gravarsi di un quarto di debiti, colui che prende un quarto di beni. È questo un obbligo, e la legge non permette che si stipuli il contrario.

Il secondo paragrafo del nostro articolo dichiara nulla qualunque convenzione colla quale, assegnandosi ad uno dei coniugi una parte di attivo più o meno della metà, gli si dia poi una parte diversa nel passivo. Una tal convenzione adunque sarà come non avvenuta, e la comunione si dividerà secondo la regola del dritto comune, cioè in metà sì pei beni che per i debiti.

Duranton (XV-206) si oppone a cotesta dottrina, insegnando che sarà nulla in tal caso quella parte della convenzione che stabilisce illegalmente le parti del passivo, e che resterà valida nel rimanente; in modo che ciascun coniuge prenderà sempre la parte dell'attivo assegnatagli nel contratto, sostenendone una in proporzione nel passivo. Ma ciò urta intieramente col pensiero della legge. Da un lato infatti, come osserva lo stesso Duranton, il Codice non dichiara nulla la *parte* che nella convenzione si riferisce al passivo, ma la *convenzione* stessa; e dall'altro, con tal regola si consacra la dottrina di Pothier il quale, esaminata la quistione in pro e contro, risolve *che la convenzione deve dichiararsi nulla per intero*, poichè i coniugi spesso con questa seconda parte relativa al passivo intendono regolar la prima. A ragione adunque la opinione di Duranton è rigettata da tutti gli scrittori (1).

2. Del contratto eventuale di comunione.

1522 (T).—Quando siasi stipulato che uno de' coniugi o i suoi eredi non potranno

(1) Delvincourt (t. III); Battur (II-480); Bellot (III, p. 289); Dalloz (X, p. 281); Zachariae (III, p. 554); Paolo Pont e Rodière (II-323); Odier (II, 893); Troplong (III-2150).

pretendere che una data somma per qualunque diritto di comunione, la clausola si risolve in un contratto eventuale che obbliga l'altro coniuge o i suoi eredi a pagare la somma convenuta, sia che la comunione riesca utile o dannosa, sufficiente o insufficiente a soddisfare la detta somma.

1523 (T). — Se la clausola non contiene un tal contratto che relativamente agli eredi del coniuge, questo, in caso di sopravvivenza ha diritto alla divisione legale per metà.

1524 (T). — Il marito o i suoi eredi che in virtù della clausola enunziata nell'articolo 1520, ritengono la totalità della comunione, sono tenuti a soddisfare tutti i debiti di essa.

I creditori non hanno, in questo caso, azione alcuna contro la moglie o i suoi eredi.

Se appartiene alla moglie superstite il diritto di ritenersi, mediante una convenuta somma, tutta la comunione contro gli eredi del marito, essa ha la scelta o di pagare loro tale somma, restando obbligata per tutti i debiti, o di rinunciare alla comunione, cedendone agli eredi del marito i beni ed i pesi.

SOMMARIO

I. Differenti modi con cui può stipularsi il cottimo.
II. Suoi effetti. La moglie chiamata sola a prender la comunione, gode sempre del dritto di rinuncia, ma non del beneficio dell'inventario: errore di Bellot e Zachariae.

I.—Il contratto eventuale di comunione, siccome l'assegnamento di parti ineguali, può stipularsi puramente e semplicemente, o sotto una o più condizioni; per rispetto ad uno de' coniugi indistintamente o del tal coniuge specialmente; del coniuge solo o di lui, e dei suoi eredi, o di questi soltanto; come obbligazione, o come semplice facoltà, avuto riguardo semplicemente alla morte di uno dei coniugi o a qualunque scioglimento di comunione.

Così si può dire: *Il marito sopravviva o premuoia*, conserverà l'intera comunione salvo a pagare 50,000 fr. alla moglie o ai suoi eredi, ovvero: *Il marito sopravvivendo* conserverà tutta la comunione pagando 50,000 fr. agli eredi della moglie, ovvero *Il marito sopravvivendo, e non avendo figli dal matrimonio*...; ovvero: *Il marito, sopravviva o muoia, non avendo figli dal matrimonio*... ; *o; Gli eredi del marito predefunto* conserveranno.... oppure: *Gli eredi del marito, non essendovi figli dal matrimonio*.... Sotto queste differenti maniere, può anche dirsi che il marito, o egli e i suoi eredi, o gli eredi soltanto, potranno scegliere o di conservar la comunione pagandone 50,000 fr., o di dividerla per metà. Queste varie stipulazioni inoltre possono farsi indipendentemente da qualunque idea di morte, e per avere il loro effetto *sciogliendosi la comunione per qualunque causa*. Viceversa, ciò che abbiamo detto intorno al marito può applicarsi anche *alla moglie* o ai suoi eredi. Da ultimo il contratto eventuale, anzichè stipularsi specialmente per *il marito*, o per *la moglie*, lo si potrà, con o senza condizione di inesistenza di figli, sia come obbligazione, o come semplice facoltà, per *il superstite* dei due coniugi quale che sia (1).

Non insistiamo oltre sulle differenze particolari che distinguono le varie maniere, sotto cui si fa la stipulazione, poichè le si comprendono *a priori*. Così, se si stipula l'evento sotto una condizione, la quale non si adempie, la clausola non si eseguirà e si darà luogo alla divisione per metà. Se

(1) Mourlon (p. 25, n. 2). Adunque è molto lontano dal vero, riducendo a *quattro* i differenti aspetti in cui può stipularsi la clausola; poichè noi almeno ne potremmo enumerare una ventina. Quel che havvi di più strano in Mourlon si è che egli, tacendo di tutte le varie ipotesi, parla di quella consacrata espressamente dall'art. 1523 (T).

dunque si stipula il contratto eventuale non per rispetto al tal coniuge, o a lui e i suoi eredi, ma per rispetto ai suoi eredi soltanto, la clausola si potrà portare ad effetto solo quando questo coniuge premorrebbe all'altro; se egli per l'incontro sopravviva, siccome allora il dritto sulla comunione spetta a lui e non ai suoi eredi, e siccome il contratto eventuale non si era stipulato per rispetto ad esso coniuge, si seguiranno in tal caso le regole del dritto comune, e si darà luogo alla divisione per metà, secondo l'art. 1528 (T).

Dopo tale osservazione, ben semplice, cioè che si dà luogo all'applicazione del contratto eventuale quando si adempie la *condizione* o le condizioni a cui va *soggetto* ed ha effetto l'ipotesi per cui esso si stabilì, passiamo a studiarne gli effetti, che sono semplicissimi del pari.

II.—Se l'evento si applica per rispetto al marito o ai suoi eredi, essi devono, in qualunque stato sia la comunione, fosse anche insufficiente ad adempiere una sola di queste due obbligazioni, pagare alla moglie o ai suoi eredi la somma stabilita nel *contratto*, e sostenere tutti i debiti della *comunione*. La moglie allora è estranea alla comunione, per cui i creditori non possono agire contro di lei, e se ella fosse tenuta a pagare alcuni debiti della comunione, perchè obbligata personalmente, essa avrà il regresso per l'intero contro il marito o i suoi successori.

Se si stabilisce l'evento per rispetto alla moglie o ai suoi eredi, produrrà gli stessi effetti, tranne questa differenza importantissima, che potendo la moglie, non che i suoi eredi, rinunziar la comunione in qualunque circostanza, senza che le si possa torre un tal diritto da convenzione alcuna (art. 1853 (1725)), ne siegue che essa può sempre scegliere, secondo il nostro art. 1524 (T), o di toglier per sè sola lo attivo e il passivo della comunione, pagando al marito la somma stabilita, o di dare il tutto al marito e di rendersi straniera alla comunione, rinunciando, come nel caso di comunione legale.

Bellot (III, p. 238) e Zachariae (III, p. 556) pretendono doversi pareggiare col benefizio della rinunzia quest'altro benefizio concesso alla moglie dall'art. 1483 (T), di rispondere cioè dei debiti, accettando, fino alla concorrenza del suo emolumento, sotto la condizione dell'inventario. È questo, secondo noi, un errore evidente e che si rigetta perentoriamente ravvicinando i tre articoli 1453, 1524 e 1483 (1418, TT). Se non ostante la stipulazione con cui la moglie (come compenso degli eventuali immensi guadagni) si obbliga pagare una somma prendendo tutta intiera la comunione per conto suo; non ostante una convenzione con cui, secondo i principî, finirebbero per la moglie i due vantaggi del beneficio dell'inventario e del dritto di rinunzia, essa nondimeno conserva la facoltà di rinunziare alla comunione, ciò avviene perchè questo dritto è d'ordine pubblico, e di tal natura che non può dimettersi, nulla essendo ogni contraria convenzione. Non abbiamo un testo legale che attribuisca al beneficio dell'articolo 1483 (T) la stessa importanza, la stessa natura. Il nostro art. 1524 (T), ricordando qui il dritto di rinunzia, non fa parola del beneficio d'inventario. Ciò posto, la moglie non può avere cotesto dritto, il quale non trovasi scritto nel nostro articolo, nè in alcun altro che stabilisca un principio simile a quello da cui emerge la disposizione del primo; la sua convenzione non ha efficacia per rispetto al dritto di rinunzia, ma la serba intera per rispetto al beneficio dello inventario; e la moglie quindi, abbastanza protetta dalla sua facoltà di rinunzia, scegliendo la comunione dovrà pagare tutti i debiti, anche oltre il suo emolumento (1).

(1) *Conf.* Paolo Pont e Rodière (II, 337); Odier (II-904); Troplong (III-2166). — Toullier non prevede la quistione, ed è strano che Duvergier, facendo appositamente una nota per indicarla, non ne dà alcuna soluzione, nè ispiega alcun sentimento sovr'essa (XIII-421).

3. Dell'assegnamento eventuale di tutta la comunione ad uno dei coniugi.

1525 (T). — È lecito ai coniugi di stipulare che la totalità della comunione appartenga al coniuge superstite o soltanto ad uno di essi, salvo agli eredi dell'altro il dritto di ricuperare i beni ed i capitali conferiti in comunione per parte del loro autore.

SOMMARIO

I. La clausola prevista dall' articolo non esclude la comunione. Come essa può stipularsi.
II. Essa dà agli eredi del premoriente il dritto di riprendere tutti i beni entrati nella comunione da parte sua: errore di Toullier.
III. Effetti della clausola. Essa non costituisce per sè stessa una donazione; ma il premoriente potrebbe fare una vera donazione della sua parte al superstite.
IV. I coniugi possono restringere od ampliare la clausola. Schiarimenti: errore di Battur.

I. — Si può stipulare che la comunione resterà tutta al coniuge superstite, qualunque esso sia, o al tal coniuge se sopravviva.

Si è preteso che siccome una tal clausola non solo modifica la comunione legale, ma esclude qualunque comunione, è stata posta a torto nel nostro capitolo. È questo un errore.

Se l'assegnamento di tutti i beni entrati nella pretesa comunione si faccia ad una delle parti puramente e semplicemente, senza condizione, in guisachè sia certo a chi vadano, è questa una esclusione di comunione. Se si dica per esempio, che il marito, *sopravviva o premuoja*, prenderà tutti questi beni, o che questi resteranno *al marito o ai suoi eredi*, si comprende bene che appartenendo tutto al marito e nulla alla moglie, non vi sarebbe comunione. Ma la clausola prevista dal nostro articolo è altra: cioè la comunione rimarrà al coniuge *superstite*, o al tal coniuge se *sopravviva*.

Nel primo caso, ciascuno dei coniugi può ottener solo i beni; nel secondo quello che non è chiamato all'intiero può, sopravvivendo, ottenere la divisione ordinaria in metà. Ciascun di essi adunque ha la speranza di ottenere in tutto o in parte i benefici del lavoro comune: vi è dunque società, comunione (1). E così la pensavano i compilatori, siccome sorge dalla nostra sezione presa tutta insieme. Infatti mentre gli art. 1521, 1522, 1523, 1524 (TTTT), parlano tutti del coniuge *o dei suoi eredi*, il nostro parla solo del coniuge superstite: la medesima differenza troviamo nell'articolo 1520 (T), il quale dopo aver parimente parlato in prima del coniuge *superstite o dei suoi eredi*, giungendo a questa clausola, parla solo del coniuge superstite. Sicchè è chiaro che si tratta di uno assegnamento eventuale fatto sotto una condizione di sopravvivenza che può non effettuarsi (2).

(1) *Vedi* Rodière e Paolo Pont (t. II, n. 342). La Corte di cassazione da ciò ha dedotto che nel caso in cui si stipuli che tutta la comunione apparterrebbe al coniuge sopravvivente, essa deve nondimeno dividersi fra essi dopo la separazione di beni, poichè il dritto che l'art. 1529 (T) accorda agli eredi del predefunto di riprendere ciò che questi ha conferito, non può avvantaggiare che essi soli, ed i coniugi, od uno di essi, non potrebbero, se la comunione si scioglie per la separazione di beni, riprender quel che han conferito, togliendolo così alla divisione che deriva dalla separazione di beni. — Rig., 1 giugno 1853 (Dev., 53, 1, 513).

(2) Non si conchiuda però che lo assegnamento assoluto di tutti i beni al tal coniuge, per lui e per i suoi eredi indipendentemente dalla sua sopravvivenza, sarà nullo. Cotal clausola uscirebbe dal nostro articolo; essa non costituirebbe una comunione convenzionale, ma escluderebbe qualsiasi comunione; però quantunque non autorizzata dal nostro articolo, nè dalla disposizione più estesa del primo paragrafo dell'art. 1497 (T), essa lo è dall'art. 1387 (1341), poichè non è affatto contrario all'ordine pubblico.

Un'altra condizione può aggiungersi alla *sopravvivenza*, quella cioè che il coniuge superstite o il tale di essi, sopravvivendo, prenderà la comunione se non vi sieno figli del matrimonio, e se si adempia o pur no il tale avvenimento.

II.—La comunione può assegnarsi intiera al coniuge superstite (tranne qualche stipulazione contraria, del qual caso or ora parleremo), salvo il dritto degli eredi del premoriente di riprendere tutti i beni entrati nella comunione da parte del loro autore, sia per conferimenti fatti al tempo del matrimonio, sia per le successioni o donazioni mobiliari pervenutegli durante il matrimonio. Questa stipulazione si applica solo ai benefici che provengono dalle rendite di questi beni, non che da quelli degli immobili, o dall'industria dei coniugi (1).

Toullier (XIII-422) interpretando in altro senso la seconda frase del nostro primo *paragrafo*, pretende che i capitali di cui parla l'articolo, siano unicamente i valori mobiliari riservatisi in proprio dal coniuge premoriente con una clausola di esclusione. Secondo lui bisogna far distinzione fra i *beni entrati* nella comunione e quelli che vi *cadono:* i primi fan parte dell'attivo sociale e sono veramente comuni; gli altri son quelli versati nella cassa sociale, senza che ne facciano parte. Or siccome qui la *legge* permette la ricupera dei capitali *caduti* nella comunione, e non di quelli *entrativi*, dobbiamo dunque intendere che trattisi dei mobili che sono propri.

Noi stentiamo a credere che un tanto scrittore possa da senno ragionare in tal modo; e che di tale idea tanto strana quanto puerile abbia fatto tutto il commentario del nostro articolo 1525 (T). Ed in prima la pretesa differenza tra le parole *entrare* e *cadere* nella comunione viene smentita dai testi del Codice, ove si usano indifferentemente tutte e due, parlando dei beni che compongono l'attivo comune (artic. 1403 § 1° e 3; 1405 (TT)). D'altro lato le *collazioni* pareggiate dal nostro articolo ai capitali che cadono nella comunione, mostrano che si tratta di valori che provengono dal coniuge per comporre l'attivo sociale. Se si guardino da ultimo i lavori preparatori, il dubbio non sarebbe più possibile; poichè il nostro articolo parla primieramente delle collazioni, e le parole seguenti vi si aggiunsero sulla richiesta del Tribunato, appunto perchè intendendosi ordinariamente colla parola *collazioni* quel che si arreca al tempo del matrimonio, ed avendo parimente dritto gli eredi a riprendere i capitali pervenuti al coniuge durante il matrimonio, bisognava che anche di questi si facesse parola nel contratto (Fenet, XIII, p. 618).

III.—Per effetto della nostra clausola, il coniuge superstite prende tutta la comunione meno i beni provenuti dall'altro coniuge, e per reciprocanza, egli sostiene tutti i debiti, dedotti quelli che si devono sui beni ricuperati, i quali, secondo il principio stabilito sotto l'art. 1500 (T) ed applicato negli articoli 1511 e 1514 (TT), vanno a carico degli eredi che fanno la ricupera. Ma qui, come nei precedenti articoli, una importante differenza passa tra il marito e la moglie.

Se il marito è chiamato a prender tutta la comunione, e quindi a sostenerne solo tutti i debiti, per cattiva che sia la comunione, egli dovrà solo esser gravato del passivo. Se la moglie, essa potrà scegliere secondo il principio dell'articolo precedente, o di ritener la comunione pagandone tutti i debiti, o rinunziarvi assolutamente. Il che è sempre conseguenza della regola, che non si può mai con nessuna convenzione derogare al dritto di rinunzia della moglie.

Del resto, per vantaggiosa che possa essere tale stipulazione al coniuge superstite, essa non si reputa mai una donazione. Essa non è tale, dice il nostro ar-

(1) Zachariae (III, p. 557); Rodière e Paolo Pont (II-346); Douai, 9 maggio 1849 (Dev., 50, 2, 180). Ma il dritto riservato dall'articolo 1525 (T) agli eredi del coniuge predefunto, il quale era in comunione di beni, può applicarsi solo quando nelle convenzioni fatte dai coniugi nel contratto, si sono attribuiti al sopravvivente tutti i beni della comunione senza alcuna riserva. Douai, 7 febbr. 1850 (Dev., 50, 2, 587).

ticolo, nè in quanto alla forma, ciò che oggi più non si comprende, come abbiam visto sotto l'art. 1516 (T), nè in quanto alla sostanza, per cui si rende inapplicabile il dritto ordinario che ha ogni erede legittimario di far ridurre fino alla quota disponibile. Così non ha luogo soltanto il dritto ordinario di qualunque erede legittimario; poichè l'art. 1527 (T) per la comunione convenzionale, e l'art. 1496 (T) per la legale, non ritengono in generale che sieno liberalità da ridursi i differenti vantaggi procurati ad un coniuge in danno dell'altro colle diverse società permesse o stabilite dalla legge, ma non per rispetto ai figli di un precedente matrimonio del coniuge che procura il vantaggio.

Cotal soluzione, contraddetta da Toullier, non è punto dubbia in faccia ai citati articoli, ed infatti è generalmente ammessa da tutti gli scrittori e dalla Corte suprema (1).

Ma se l'assegnamento al coniuge superstite dell'intiera comunione, non costituisce necessariamente una donazione ordinaria, non s'intende con ciò che non potrebbe esser mai tale; chè anzi, se i coniugi possono così assegnare l'intiera comunione al sopravvivente con una semplice convenzione di società, essi possono farlo bensì con una pura e vera donazione, che si potrebbe, come qualunque altra, ridurre ad istanza di qualunque legittimario. Senza dubbio, non si dovrà vedere una donazione nella clausola, solo perchè i coniugi avessero detto che essi han convenuto di *donare* tutta la comunione al coniuge superstite; poichè sempre bisogna andar dietro più alle vere intenzioni che alle parole. Se sorga chiaro dall'atto che si voglia attribuire la comunione a titolo di donazione, se si dica per esempio, come nella specie della decisione citata in nota, che si stabilisce una comunione *divisibile per metà*, e che il *premoriente dona fra vivi, al superstite che accetta, i beni comuni che compongono la sua metà*, si dovrà riconoscere che le parti intendono ottenere con una donazione quel risultamento che potrebbero avere da una convenzione di società; che presentando così la clausola una vera donazione, se ne dovranno avere tutte le conseguenze, specialmente il pagamento del dritto di mutazione per il superstite, come donatario, e che un Tribunale altrimenti giudicando, violerebbe i principî del dritto, snaturerebbe l'atto, sotto colore d'interpretarlo. Così ha spesse fiate giudicato la Corte suprema, specialmente con una recentissima decisione (2).

IV. — I coniugi sono liberi di restringere od estendere la stipulazione preveduta dal nostro articolo.

Essi possono, per esempio, stabilire che il sopravvivente, anzichè tutta la comunione, prenda solo una metà, e l'usufrutto dell'altra; e siccome tale stipulazione sarebbe per questo meno vantaggiosa di quella indicata dall'articolo, essa non sarebbe nemmeno una donazione. Conservando allora il premoriente la proprietà d'una metà della comunione, l'assegnamento non si potrebbe più considerare come fatto di pieno dritto, salvo la facoltà agli eredi di quello, di riprendere i valori provenuti da parte del loro autore. Parimente allora il sopravvivente non potrebbe sostenere che una metà dei debiti, e gl'interessi solo dell'altra, durante la sua vita.

Viceversa, i coniugi possono estendere la clausola. Essi possono dire che il sopravvivente prenderà tutta la comunione, compresivi i beni comuni che provengono da parte del premoriente; ma allora è una liberalità che dee ridursi secondo le leggi ordinarie, non essendo più in quei termini in cui la legge nega alle stipulazioni il carattere di donazioni. Non si potrebbe dire,

(1) Delvincourt (t. III); Duranton (XV-244); Glandaz (n. 460); Zachariae (III, p. 557); Paolo Pont e Rodière (II 384); Troplong (n. 2217); Odier (II-920); Cass., 24 maggio 1808; Rig., 13 giugno 1855 (Dev., 55, 1, 513). Quest'ultima decisione giudica che la statuizione, la quale considera come eccessiva la stipulazione di cui trattasi, e quindi che la si deve ridurre, non va soggetta alla censura della Corte suprema. — *Vedi* inoltre una decisione della Corte di Parigi del 9 luglio 1825.

(2) Cass., d'una sentenza di Evreux, 23 aprile 1849 (Dev., 49, 1, 446).

con Battur (II-489), che la convenzione sarebbe nulla, poichè essa non è menomamente contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico; ma non godrebbe del beneficio eccezionale del nostro articolo (1).

SEZIONE VIII.

DELLA COMUNIONE A TITOLO UNIVERSALE.

1526 (T). — Gli sposi possono stabilire nel contratto di matrimonio una comunione universale dei loro beni tanto mobili che immobili, presenti e futuri, o dei presenti solamente, o soltanto dei futuri.

I. — Quest'articolo è implicitamente spiegato sotto gli articoli 1505 (T) e seguenti, ove abbiam visto che la clausola di comunione universale è sempre e necessariamente un caso di mobilizzazione, mentre che la clausola di mobilizzazione, estesa anche a tutti gl'immobili, non rende sempre la comunione universale, poichè può stipularsi per un solo coniuge.

Ciò che precedentemente abbiam detto, basta pure per far comprendere che la stipulazione del nostro articolo debbe intendersi sempre in senso stretto, poichè deroga al dritto comune, e che dichiarando *i coniugi* di mettere in comunione *tutti i loro beni mobili ed immobili*, debbano intendersi, senz'altra ulteriore spiegazione, i soli beni presenti.

Del resto, quand' anche i coniugi abbiano messo in comunione tutti i loro beni *presenti e futuri*; essi possono addippiù avere dei beni proprî, poichè si possono far loro delle donazioni o legati, colla condizione di non andare nella comunione. In tal caso, i debiti che gravano queste donazioni e questi legati, non che quelli che si contraggono dopo, ma relativamente ai beni così donati, si dovranno personalmente dal coniuge proprietario.

DISPOSIZIONI

COMUNI ALLE OTTO PRECEDENTI SEZIONI.

1527 (T). — Ciò che è stabilito nelle otto precedenti sezioni, non restringe le stipulazioni, di cui è suscettibile la comunione convenzionale, alle precise disposizioni in esse contenute.

I coniugi possono fare qualunque altra convenzione, siccome si è detto nell' articolo 1387 (1341), sotto le modificazioni enunziate negli art. 1388, 1389 e 1390 (1342, 1343 e 1344).

Nel caso in cui vi fossero figli di un precedente matrimonio, qualunque convenzione che nei suoi effetti tendesse a dare ad uno dei coniugi una porzione maggiore di quella stabilita nell'art. 1098 (1052M) del titolo *delle Donazioni tra vivi e dei Testamenti*, sarà senza effetto per tutto ciò che eccede questa porzione; ma i semplici proventi risultanti da' lavori comuni e da' risparmi sulle rendite rispettive, quantunque ineguali, fra i due coniugi, non sono considerati come un vantaggio fatto in pregiudizio de' figli del primo letto.

I. — Le due disposizioni di questo articolo hanno la loro spiegazione in ciò che precedentemente abbiam detto. Per la prima rimandiamo all'art. 1387 (1341); per la seconda all'articolo 1496 (T), il quale indica per la comunione legale la stessa

(1) Delvincourt (t. III); Bellot (III, p. 303); Zachariae (III, pagina 537); Paolo Pont e Rodjère (II-546).

regola indicata qui per la convenzionale, e di cui noi spesse volte abbiamo indicato le applicazioni, specialmente sotto gli articoli 1516 e 1525 (TT).

1528 (T). — La comunione convenzionale soggiace alle regole della comunione legale, in tutti i casi in cui non vi si è derogato col contratto implicitamente od esplicitamente.

I. — Questo principio è chiaro per sè stesso, e noi spesso abbiamo avuto occasione di farlo conoscere e di applicarlo spiegando questa parte del Codice, che qui terminiamo.

SUNTO DEL TITOLO QUINTO

DEL CONTRATTO (PECUNIARIO) DI MATRIMONIO

PARTE PRIMA

I. — Abbiamo studiato nel titolo V del primo libro il contratto che regola l'associazione coniugale, e stabilisce i rispettivi dritti dei coniugi *quanto alle loro persone*; studieremo qui il contratto che regola tale associazione e stabilisce i dritti dei coniugi *quanto ai loro beni*. Quest'ultimo è generalmente detto *contratto di matrimonio*; la quale espressione benchè in uso, non è esatta, e starebbe meglio pel matrimonio, che è pure un contratto, e non *per il contratto pecuniario*, che accompagna, come accessorio, quello morale di cui dianzi si è parlato.

Non come il contratto morale di matrimonio, in cui tutto si governa con le disposizioni stesse della legge, e non con la privata volontà delle parti, il contratto pecuniario è lasciato del tutto al libero arbitrio dei contraenti, maggiore in questo che in qualunque altro contratto. Ove manchino le convenzioni regolari stabilite dai coniugi, essi di pieno dritto van soggetti al sistema prescritto dalla legge, come regola di dritto comune.

Pure, benchè grande sia l' arbitrio qui dato ai coniugi, esso è in parte ristretto, volendolo la morale o le considerazioni di generali interessi.

II.— Non è d'uopo dire che non possono i contraenti fare convenzione alcuna che deroghi, sia ai dritti che la potestà maritale dà al coniuge sulla persona della moglie o dei figli, sia a quelli che provengono per l'uno o l'altro dei coniugi dalla patria potestà, o dalla legittima tutela.

Sarebbe adunque vano dire nel contratto che non sarà la moglie obbligata per questo o quel caso di abitare col marito o che potrà da sè sola consentire al matrimonio dei figli, o che questi invece di esser diretti dal marito nella loro educazione, saranno assolutamente educati in tal modo, o nella tale religione in pria stabilite. Nulle sarebbero tali clausole, checchè ne abbian detto pregevoli scrittori; e se egli è incontrastabile, che la maritale potestà dovrebbe essere stabilita dai tribunali, ove riconoscessero che ella abusi e trascende i limiti di ragione, è certo del pari che le convenzioni dei coniugi non avrebbero parte alcuna nelle decisioni fatte a tal riguardo e rimarrebbero come non stipulate (art. 1388 (1342), n. III e IV).

Non potrebbe convenirsi nè anco che il tal coniuge rimarrà privo del dritto di correggere i figli o di quello d'usufrutto legale sui beni di quelli. Trattandosi di un attributo della patria potestà, o della tutela legale (continuazione di quella), senza che si riguardi in qual titolo di Codice è sanzionato il dritto, nè da qual coniuge o in qual punto si esercita, le stipulazioni del contratto non possono punto attentarvi (*ibid.*, n. VII).

Queste regole facilmente si comprendo-

no, e non restringono il nostro principio, poichè solo pel contratto pecuniario i coniugi sono liberi di stipulare, mentre che qui trattiamo degli effetti del contratto morale, dello stesso matrimonio (*ibid.*).

Bisogna adunque cercare altrove le cennate restrizioni.

III. — La prima sta nelle forme rigorose e nelle severe condizioni imposte sia al contratto, che ai cambiamenti che vi si vorrebbero fare dopo averlo steso.

Il Codice, diversamente da molte antiche nostre consuetudini, e per rendere più ferme le convenzioni matrimoniali, richiede, pena la nullità, si stabiliscano irrevocabilmente pria della celebrazione del matrimonio con atto fatto dal notaro con minuta. Nell' atto, quand'anco vi si contengano donazioni fra vivi, non è richiesta la presenza effettiva del notaro in secondo, dei testimoni, bastando alla validità, secondo la malaugurata legge del 21 giugno 1843, se ne facesse una falsa menzione.

Così oggi sarebbe nullo l' atto se fatto con iscrittura privata, o steso dal notaro in brevetto; e sarebbero pur nulli, checchè ne dica uno scrittore (il cui errore è unanimamente rigettato), tutti i cambiamenti recati al contratto dopo la celebrazione del matrimonio (articolo 1394-97, nn. 1 e 2 (1348 M-51).

Questi cambiamenti permettonsi nel contratto fino a che il matrimonio non è stato fatto; ma con condizioni più o meno severe, secondo che debbonsi eseguire di faccia ai terzi, o solo frai conjugi. — Anche tra questi il cambiamento è valido, in quanto è provato, siccome il contratto, con atto notarile, in minuta, e fatto col concorso di tutti quelli che sono stati *parte* in quello, e che debbono riunirsi personalmente, o per mezzo di procuratori, onde consentirvi tutti insieme. Or debbono qui riguardarsi come parti nel contratto non solo i conjugi, ma anche quei tra i sottoscritti che han fatto loro delle liberalità, quelli il cui consenso è necessario al loro matrimonio, ed anche, sebbene ciò sia controverso, coloro di cui sono obbligati a richiedere il consiglio, poichè quest' ultimi, anzichè darne uno, che si potrebbe o nò seguire, esercita un grande potere, e nell' atto una parte importantissima. Se manca una sola di queste *parti*, non potrà più farsi il proposto cangiamento, quand' anche la parte fosse un semplice donante; in tal caso si riuscirebbe solo abbandonando il primo contratto e facendone un nuovo, rinunziando alla donazione, di cui l' autore non vuole o non può prestarsi al mutamento. Se invece di sostituire un nuovo contratto al primo, si facesse un atto di modifica senza l' intervento del donante, esso sarebbe nullo, il primo contratto reggerebbe, ed il progettato cambiamento non avrebbe effetto. Perchè l' atto di modifica sia valido verso i terzi, fa d' uopo inoltre che le parti lo facciano stendere in seguito della minuta del contratto. Richiedesi anche dalla legge, che il notaro non rilasci mai alcuna spedizione del contratto, senza unirvi quella dell' atto accessorio; violandosi la quale regola, il mutamento non sarebbe nullo in pro dei terzi, i quali soltanto potranno farsi ristorare dal notaro del danno cagionato dall' incompleta spedizione (ibid. IV V). Tra i cambiamenti del contratto non potranno porsi le donazioni che dopo il contratto si farebbero dai terzi ai coniugi. Ma bisogna al contrario noverarvi la donazione che fa un coniuge all' altro, poichè con essa si modificala posizione rispettiva in che essi eran posti dal contratto. Vi si porranno parimente le convenzioni con cui le parti rischiariranno semplicemente una o più clausole oscure del loro contratto, poichè dal momento in cui esse voglion fare una convenzione, un atto giuridicamente obbligatorio, dovranno seguire le regole volute, senza le quali formerebbero un commentario senza alcuna forza giuridica (*ibid.*, III).

IV. — Il carattere di stabilità che la legge ha voluto dare alle convenzioni matrimoniali, pel quale non si può mutare con atti posteriori formati durante il matrimonio il primo sistema, non permette nemmeno che lo si muti con clausole inserite nello stesso contratto.

Non si potrà adunque stipulare che, do-

po scorso un termine o adempita una condizione, cominci poi e si sostituisca, con o senza retroattività, al primo un altro sistema; reggerà per tutto il corso del matrimonio una sola ed identica regola. Egli è vero che il testo del Codice, per una causa puramente istorica, dettò questo principio per una sola regola; ma dal suo spirito si rileva doversi a tutte applicare (1309, n. I.-III).

V.—Veniamo alle restrizioni apportate alle convenzioni istesse.

E in prima è vietato di derogarsi, in quanto ai beni, ai dritti del marito per la sua qualità di capo dell'associazione pecuniaria dei coniugi.

Per bene intendere questo principio, fa mestieri in prima di dare una sommaria idea delle differenti regole di matrimonio.

Si possono annoverare cinque regole, o sistemi di convenzioni matrimoniali: la comunione legale; la comunione convenzionale; l'esclusione semplice della comunione; la separazione di beni; in fine la regola dotale. La comunione legale o convenzionale si costituisce da alcuni beni che formano un fondo comune, appartenenti ai due coniugi, che, come i beni restati in proprietà della moglie, si amministrano dal marito. L'esclusione semplice della comunione si costituisce da alcuni beni proprii di uno dai coniugi; quelli della moglie però non solo saranno amministrati dal marito, ma questi ancora ne prenderà per sè i frutti. La separazione di beni lascia a ciascuno dei coniugi la proprietà, il godimento e l'amministrazione dei suoi beni. La regola dotale infine lascia pure in proprio i beni a ciascuno dei coniugi; quelli della moglie però si dividono in dotali e parafernali, ed il marito amministrerà ed avrà il godimento dei primi.—Ciò posto, esaminiamo la nostra regola per quanto riguarda i beni del marito, quelli della moglie, non che quelli comuni.

Il marito disporrà ed amministrerà i suoi beni; e sarebbe nulla, giacchè derogherebbe alla sua dignità maritale, qualunque clausola che lo soggettasse a domandare, sotto qualunque rapporto, un permesso della moglie, o del magistrato.

Non così pei beni della moglie pei quali i coniugi goderanno di una grande libertà. Essi potranno, anche dopo aver detto di adottare la comunione o che i beni della moglie siano dotali, far che la moglie validamente amministri, e goda dei suoi beni: nel secondo caso legale sarebbe inesatta la qualificazione dei beni dotali, e nel primo la comunione legale si modificherebbe, divenendo, almeno sotto un rapporto, una comunione convenzionale. La moglie però, sia sotto la comunione, sia sotto la regola dotale, sia pure sotto la esclusione semplice della comunione, non potrà disgiungere dalla amministrazione dei suoi beni il godimento di essi per lasciarlo al marito: una clausola che torrebbe a costui l'amministrazione dei beni di cui gode i frutti, sarebbe nulla, giacchè ingiuriosa per lui, ed insulterebbe alla sua superiorità. Sarebbe nulla parimente, sotto qualunque regola, la clausola che darebbe dritto alla moglie di alienare i suoi beni senza autorizzazione.

Dal fin qui detto si comprende chiaramente che i beni comuni non si potranno amministrare dalla moglie, e che il marito per qualunque siasi caso di amministrazione o di alienazione, non dovrebbe richiedere il consenso della moglie, tanto per gli immobili messi dalla moglie in comunione quanto per gli altri beni comuni. Dal momento che essi divengon comuni il marito ne sarà il padrone, nè si potrà più per gli uni che per gli altri attentare alla sua qualità di capo.

Arrogi che non si potranno nè indirettamente attribuire alla moglie tutti quei diritti, che secondo il nostro principio non le si posson conferire; e sarebbe nulla l' autorizzazione, o il mandato generale che il marito darebbe alla moglie per esercitarli (1388, n. V e VI (1342)).

La legge dichiara parimente nulle:—Qualunque convenzione che deroghi all' ordine legale delle successioni, salvo l'effetto delle donazioni fra vivi o per testamento, che si permettono nel contratto di matrimonio come altrove, ed anche con più facilità

(*ibid.*, IX); qualunque stipulazione interdetta da qualche disposizione proibitiva del Codice (*ibid.*, VIII); tutte le stipulazioni infine, che non previste da alcun testo speciale, sono contrarie ai buoni costumi, ed all' ordine pubblico. Il conoscer poi se una convenzione presenti questo carattere è un punto di fatto, che si dovrà, in qualunque specie, valutare secondo le circostanze (*ibid.*, II).

VI.—Oltre a queste varie restrizioni imposte tutte nello interesse generale, i futuri coniugi godono di una piena libertà nelle loro convenzioni matrimoniali. Essi potranno scegliere quella delle cinque regole riferite, che loro più piacerà; potranno formarne una mista, combinando diversi principì dell' una e dell' altra, ed inserire nel loro contratto delle clausole non previste dal Codice, o formandole da loro o togliendole da qualcuna delle nostre antiche Consuetudini. In questi tempi però, non formando quest' ultime dei testi di legge, e non essendo quindi nessuno obbligato a studiarle ed interpetrarne il senso, non basterebbe che si indichino nel contratto le idee, che voglionsi adottare, rimandando puramente e semplicemente alla Consuetudine in cui stanno scritte: se ciò varrebbe pei rimandi ai testi in vigore, non varrebbe parimente per quelli che devono addimostrarsi scritti nello stesso contratto (art. 1390-1393, nn. I, II e IV), (1344-1346 M)).

Siccome i coniugi possono adottare nel loro contratto qualunque regola, potranno del pari maritarsi senza far contratto, soggettandosi di dritto alla regola della comunione legale. Essa infatti fu stabilita dalla legge come sistema di dritto comune per regolar tutti quei che non ne abbiano adottato altro, sicchè avrà luogo non solo se i coniugi han dichiarato di assoggettarvisi, o non han fatto contratto, ma pure se il contratto sia nullo per vizio di forma, o se si sieno limitati a dire di adottare quella regola stabilita da una antica Consuetudine, o se infine il contratto sia formato in modo che riesca impossibile conoscere a quale si siano voluto appigliare. Quest'ultima ipotesi avverrebbe spezialmente quando, come sopra si dice, il contratto con condizioni o termini seguirebbe parecchie regole (*ib.*, V, art. 1399-IV e 1400 (1395 M, T)).

VII.—La capacità delle parti contraenti, in generale, tranne un' eccezione che indicheremo, sarà soggetta alle stesse regole del contratto di matrimonio, non che degli altri contratti pecuniari. Così, benchè un giovane da ventuno a venticinque anni che abbia ancora qualche ascendente, sia minore pel matrimonio, sarà maggiore pel contratto pecuniario. Così pure, e in senso opposto, benchè la persona provveduta da un consulente giudiziario possa maritarsi senza l'assistenza di costui, non potrà però disporre senza esso de'suoi beni per convenzione matrimoniale; e potrà solo, non assistito da lui, maritarsi senza contratto, cioè sotto la comunione legale.

La legge però per favorire il matrimonio del minore fa una eccezione al principio; ed applicando per lui la massima *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia,* dichiara pienamente valide, come se provenissero da un maggiore, le convenzioni che stipula assistito da coloro il cui consenso basta pel suo matrimonio.

Del resto, la incapacità di contrarre non traendo seco la nullità propriamente detta, ma una causa di annullamento, ne viene che il contratto che si fa da un minore od un prodigo, senza la debita assistenza, non che quello fatto dal minore pria di compir l'età stabilita pel matrimonio, e senza avere ottenuta dispensa, potrà ratificarsi, specialmente colla esecuzione volontaria del minore divenuto capace, e non potrà invalidarsi finchè egli stesso non ne domandi lo annullamento (articolo 1398 (1552), I-IV).

VIII.—*Della dote.*—La parola *dote* offre nel Codice due significati molto differenti, che bisogna distinguere accuratamente. In senso largo significa il bene che il coniuge futuro, sotto qualunque siesi regola, porta seco maritandosi per far fronte ai bisogni di famiglia.

In un senso speciale, tecnico, essa si ap-

plica al bene recato da *una donna* maritandosi sotto la *regola dotale*.

Enumereremo appresso molte regole relative alla dote semplice o alla dotale; ne indicheremo qui alcune, la cui generalità assoluta ed indipendente da qualunque particolare circostanza ci induce a metterle nelle nostre spiegazioni preliminari.

La dote può darsi dal coniuge stesso sopra i suoi beni personali ovvero da terzi, parenti od estranei. Se un terzo costituisce la dote, la è una donazione che fa parte dell'atto a titolo oneroso. Da un lato, colui che la costituisce è un donante poichè se ne spoglia gratuitamente; e la sua disposizione, come qualunque donazione, sarà soggetta alla riduzione, alla collazione, alla revoca per sopravvenienza di figli. Da un altro lato però l'atto si reputa a titolo oneroso dal coniuge dotato, e dall'altro, poichè il bene serve a far fronte ai pesi del matrimonio che forse senza la donazione i coniugi non avrebbero contratto; e il donante, contro i principî ordinarî delle donazioni, dovrà garantire il bene donato e pagarne di pieno dritto gli interessi, se la dote si deve a termine, e consiste in cose che ne producano. Del resto il donante con una espressa dichiarazione può liberarsi sì dell'una che dell'altra obbligazione: la legge lo dice formalmente per gli interessi, nè v'ha più dubbio per la garanzia, poichè lo stesso venditore può farla.

L'estensione della garanzia si valuta secondo i principî generali combinati colle regole particolari della vendita.—Così un donante di crediti può garantirne l'esistenza, non già la solventezza del debitore; e caso non esistano, il donante è tenuto al capitale nominale del credito, non sempre e necessariamente, ma quando per la non esistenza il donatario abbia perduto.—Pei beni corporali è necessario distinguere la evizione totale dalla parziale e dai semplici vizî nascosti. Per l'evizione della cosa intiera sarà tenuto il donante al valore di essa, non dal giorno della donazione ma da quello dell'evizione, poichè la sua obbligazione, nè più nè meno, consiste nel fare indenne il donatario. Per la parziale sarà tenuto al prezzo della parte tolta, relativamente pure al valore di essa al tempo della evizione, non potendo il donatario esser costretto a prendere il rimanente della cosa pagandone il prezzo totale, poichè qui non si parla di risoluzione di contratto. Infine, pei vizî nascosti si pretenderebbe invano non doversi più la garanzia; poichè sì in questo come negli altri così dovrà indennizzarsi il donatario: delle due cose l'una: o il donatario ignorava i vizî, e quindi si mirava a procurare il valore che la cosa mostrava di avere; o li conosceva, e allora è in colpa e dev'egli sentirne le conseguenze. (Art. 1410, inoltre 1547 e 1548 (T 1360 e 1361)).

IX.—Divideremo la nostra materia in due parti, parlando nell'una delle regole di comunione, nell'altra delle regole senza comunione.

Suddivideremo inoltre la prima in due capitoli, trattando nell'uno della comunione legale, nell'altro della convenzionale; nella seconda infine tratteremo successivamente: 1° della esclusione semplice di comunione; 2° della separazione dei beni; 3° della regola dotale.

PARTE PRIMA.

DELLE REGOLE DI COMUNIONE.

X.—La stessa legge, come se avesse voluto prevenire la falsa idea nata nella mente di alcuni giureconsulti dai passi di Dumoulin o Pothier non bene interpetrati, dichiara che la comunione, legale o convenzionale, comincia necessariamente dal momento stesso della celebrazione. Da quel punto la moglie divien socia del marito, ed i beni della società conjugale formano la proprietà comune dei due coniugi; ed è erronea e condannata dalle disposizioni tutte del Codice, non che da tutti gli scrit-

tori, la dottrina che snaturando i *termini* ed *il* pensiero della legge, vuol vedere il *principio* della comunione quando la legge la dichiara disciolta (1399 (1395 M), numero V).

CAPITOLO PRIMO.

DELLA COMUNIONE LEGALE.

XI. — Vedemmo sopra (n. VI, *in fine*), quando si stabilisca la comunione legale; tratteremo ora successivamente in tre sezioni differenti: 1° del modo con cui si compone la comunione; 2° della amministrazione di essa e de'beni proprî; 3° dello scioglimento di essa e delle conseguenze che ne derivano.

SEZIONE PRIMA.

DELLA COMPOSIZIONE DELLA COMUNIONE.

§ 1. — *Dell'attivo della comunione e della distinzione dei beni comuni e dei propri.*

XII. — Allo stabilirsi della comunione si formano tre masse distinte di beni, diremo così tre patrimonî dei coniugi; 1° quello del marito; 2° quello della moglie; 3° quello della comunione di cui il marito è l'amministratore, non il proprietario, poichè *ambi i* coniugi vi hanno un ugual dritto di comproprietà. I beni della comunione diconsi ***beni comuni***, oppure, ma solo per quelli acquistati dopo il matrimonio, ***acquisti per la comunione*** (*conquêts*) o ***acquisti*** semplicemente (*acquêts*); i beni personali di ciascun coniuge chiamansi ***propri di comunione*** o semplicemente ***propri***: vediamo quali sono i comuni, quali i proprî.

Tre sorta di beni formano il fondo comune: 1° tutti i beni mobili, senza eccezione, che possedevano i coniugi al tempo del matrimonio; e quelli che loro pervengono durante il matrimonio, salvo tre eccezioni che indicheremo nel numero seguente; 2° tutti i frutti dei beni che rimangono in proprio ai coniugi; 3° infine gli immobili che loro pervengono durante il matrimonio, altrimenti che per successione, donazione, o per qualunque altra delle cause indicate per eccezione dalla legge, che appresso indicheremo.

Da ciò si scorge che i coniugi conservano personalmente, ma nella nuda proprietà: 1° alcuni mobili, e la maggior parte degli immobili che acquistano dopo il matrimonio; 2° tutti gli immobili che loro appartengono al tempo del matrimonio; nel mentre che la comunione ritiene per sè: 1° la piena proprietà di tutti i mobili che esistono al tempo del matrimonio, e di quasi tutti i posteriori; 2° la piena proprietà di molti degli immobili che loro pervengono dopo quel tempo; e 3° l'usufrutto di tutti i beni proprî dei coniugi (art. 1401-1403 (TT)), n. I.

Sviluppiamo in prima quanto riguarda i beni comuni, in seguito diremo dei beni proprî.

1. Dei beni comuni.

XIII. — Secondo ciò che abbiam detto, l'attivo sociale comprende: 1° i mobili quasi tutti; 2° l'usufrutto dei beni proprî; 3° la maggior parte degli immobili pervenuti durante il matrimonio.

E in prima *i mobili*. — Dicemmo che i mobili tutti dei coniugi al momento del matrimonio, senza eccezione, vanno nella co-

munione. Così il danaro contante che aveva un coniuge maritandosi, i suoi crediti, gli animali, le derrate, le mercanzie, e qualunque altra cosa mobile che gli apparteneva o che gli si doveva da terzi; le rendite sullo Stato o sopra particolari, perpetue o vitalizie, in breve qualunque diritto di proprietà, di usufrutto o di credito che aveva il coniuge sopra beni dichiarati mobili dalla legge, più non gli appartiene, ed entra nei fondi sociali; ed è un gravissimo errore il dirsi il contrario per la rendita vitalizia, ed insegnare, che la comunione ne potrebbe raccoglier solo le annualità, restando la rendita in proprietà del coniuge. Secondo i principî del Codice la rendita vitalizia è una rendita mobiliare pura e semplice come le altre, e che come qualunque altro mobile cade compiutamente nella comunione (1401-1403 (TT), n. III).

I prodotti scientifici artistici o letterarî vanno nella comunione perchè beni mobili; e per essersi falsamente interpretato il decreto del 1810 è nato il sistema erroneo (condannato a ragione dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e che per sè stesso si condanna perchè contraddittorio) il quale li rende proprî dei coniugi. Sono pur comuni gli uffici trasmessibili; siccome però il diritto di presentazione solo in mancanza del titolare appartiene ad altri, ne siegue che il titolare, sopravvivendo allo scioglimento della comunione, potrà conservare l'ufficio, versando nella massa da dividere una somma uguale al valore presente di esso (*ibidem*, V).

La natura mobile o immobile di alcuni crediti si determina per lo adempimento o la liquidazione; sicchè il dritto di ricupera di un coniuge o di compenso sopra una precedente comunione, sarà mobiliare o immobiliare, secondochè nella liquidazione della comunione gli sieno toccati mobili o immobili. In tal caso adunque, secondo i risultamenti della liquidazione, la comunione prenderà o pur no i beni pervenuti. Egli è il medesimo pei crediti alternativi, di cui un oggetto è mobiliare e l' altro immobiliare: se il debitore dà il mobile, lo prenderà la comunione; se l'immobile, lo prenderà il coniuge. Non così, se l'obbligazione è facultativa; la sua natura, e quindi il dritto della comunione, sono allora stabiliti *ab initio* dalla natura dell'oggetto unico della obbligazione, non ostante la contraria natura della cosa riserbata *in facultate solutionis*, fosse pur quella data in pagamento (*ibid.*, II).

Per rispetto ai beni mobili che acquistano i coniugi durante il matrimonio, regge lo stesso principio, ma con tre eccezioni. Questi mobili infatti si escludono dalla comunione: 1° se donati con espressa condizione di restare in proprietà del donatario; 2° se sieno prodotti e non frutti di un immobile proprio; 3° infine, se il coniuge li acquisti in sostituzione di un bene proprio (1408 (T), VIII).

All'infuori di queste tre eccezioni, su cui ritorneremo parlando dei mobili proprî, ha vaglia la stessa regola sì pei mobili che si acquistano durante il matrimonio, come per gli altri che esistono nel dì della celebrazione, cioè tutti andranno nella comunione.

Così, quand'anche essi pervengano per successione immobiliare in parte, ed il coniuge nella divisione abbia avuto dei soli mobili, questi saranno parimente comuni. Infatti, ciascun coerede, si reputa aver avuto dritto solo agli oggetti compresi nella sua porzione. Così pure pei crediti che formano la parte di esso coniuge; poichè la legge dividendo provvisoriamente, e per rispetto ai debitori ereditarî, ciascun credito, non si oppone alla facoltà di comprendere poi questi crediti nella divisione generale della successione (1401-1403 (TT), n. IV).

XIV. — *Frutti dei beni proprî.* — La comunione in generale gode sopra i beni proprî dei coniugi gli stessi dritti d'un usufruttuario. — Così essa raccoglie tutti i frutti che producono gl'immobili durante il matrimonio. Quelli però che prima avean prodotto, essa li raccoglie non a titolo d'usufruttuaria, ma come frutti che fan parte, secondo la regola precedente, dei beni mobili che appartenevano al coniuge nel mo-

mento del matrimonio; nè si può comprendere come un giureconsulto abbia potuto dire che essi restino in proprio al coniuge.

La comunione acquista, come l'usufruttuario ordinario, i frutti civili, giorno per giorno, e i frutti naturali appena li percepisce. Essa parimente non ha dritto ai prodotti non frutti, come per esempio alle sostanze che si estraggono dalle cave, dalle miniere che non erano aperte quando la comunione cominciava a godere dello immobile.

Havvi pure qualche differenza fra i dritti dell'usufruttuario ordinario, e quelli della comunione. Così il primo non dovrà pagare le spese di semente dei frutti ricolti al principio dello usufrutto, nè potrà ripetere le spese fatte per quelli che lascia dopo; per l'incontro, la comunione non dovendo nulla per le prime, potrà ripetere le altre; poichè la somma pagata dal coniuge per le prime, se la non fosse soddisfatta, sarebbe sempre spettata alla comunione come valore mobiliare. Similmente l'usufruttuario non ha dritto a ripetere il ricolto che potea fare e non fece; e la comunione, nello stesso caso, lo potrà, per evitare che i coniugi col sistema contrario non si avvantaggino illegalmente (*ibid.*, n. VI).

XV. — *Immobili acquistati per la comunione.* — La comunione, in terzo ed ultimo luogo, prende tutti gl' immobili che pervengono ai coniugi dopo il matrimonio, tranne quelli su cui il coniuge avea un dritto di proprietà, che retroagisce ad un tempo anteriore al matrimonio, e quelli in oltre che cominciano a possedersi durante il matrimonio, per una delle cause che producono i proprî, e che indicheremo nei seguenti numeri.

Del resto, anche gl'immobili si presumono essere comuni; ed il coniuge che reclama un immobile come proprio, deve provarlo tale (*ibid.*, VII).

2.° Dei beni proprî.

XVI. — *Proprî immobiliari.* — I coniugi per otto cause possono avere immobili proprî: 1° per la proprietà o possesso legale sì prima che durante il matrimonio; 2° per la successione; 3° per la donazione; 4° per la cessione di un ascendente nel caso previsto dalla legge; 5° per la permuta di un immobile proprio: 6° per il reimpiego; 7° per il retratto d'indivisione; 8° per la accessione ad un immobile proprio.

E in prima, ciascun coniuge avrà la proprietà personale degli immobili che legalmente possedeva al tempo della celebrazione, come pure di quelli che acquistati realmente durante il matrimonio, pure bisogna intendersi acquistati prima per l'effetto retroattivo d'una condizione, d' una risoluzione o d'una ratifica. Non così dell'immobile acquistato dal coniuge nel tempo corso dal contratto al matrimonio. — Benchè il coniuge ne sia proprietario al principio del matrimonio, esso appartiene alla comunione, poichè è stato acquistato in permuta di valori mobiliari su cui il coniuge giusta il contratto avea dovuto contare. — L'eccezione però vale semplicemente per il caso previsto, nè si potrebbe applicare all'immobile acquistato poco tempo prima del matrimonio, se non vi sia stato contratto, o se sia acquistato in adempimento di una clausola del contratto (1404-1405 (TT), n. I).

XVII. — Secondariamente, sono proprî gli immobili pervenuti per successione, quantunque il coniuge raccolga una parte immobiliare del tutto in una successione di immobili e di mobili, e quando anche lo immobile eccedesse la parte ereditaria del coniuge, e che gli fosse attribuita per un compenso, salvo per questo a ristorare la comunione. — Si applicherà specialmente questa seconda causa di beni proprî all'immobile, che l'ascendente donante raccoglie nella successione del donatario morto senza prole. A torto vuolsi dire che questa sia una semplice risoluzione della donazione; essa sarà un acquisto novello per successione, poichè l'ascendente rac-

coglie l'immobile colla doppia obbligazione di rispettare i pesi che lo gravano, e di pagare la sua parte dei debiti ereditari (*ibid.*, II).

XVIII.—Una terza sorgente di beni proprî immobiliari nasce dalle donazioni fra vivi o per testamento purchè fatte personalmente al coniuge e senza che si manifesti una volontà contraria. Se il donante avesse dichiarato che il bene sia comune, o lo avesse dato ai due coniugi unitamente, esso sarà un acquisto per la comunione; poichè l'eccezione è stata fatta solo per la donazione che si fa ad uno dei coniugi (o ad ambi separatamente) (*ibid.*, III).

XIX. — Sarà proprio inoltre l'immobile che il coniuge riceve da un ascendente, o come pagamento di ciò che gli deve (per dote o qualunque altra causa, giacchè la legge non fa distinzione) od obbligandosi di pagare i debiti dello ascendente, salvo il compenso alla comunione per le somme che egli ne prende affin di pagare i debiti, o per lo ammontare del credito mobiliare che abbia contro l'ascendente, e che spetta alla comunione. Tali atti son riguardati dalla legge, ad esempio dell'antico dritto, come disposizioni di famiglia che producono in vita dello ascendente lo stesso effetto che alla morte di lui, prendendo allora l'immobile come se pervenuto per successione. Del resto, non potendosi estendere tali regole perchè eccezionali, l'immobile ceduto a quel modo da un discendente o da un collaterale si reputerà acquistato per la comunione, come pure quello da un ascendente ceduto, non nelle circostanze previste, ma per una somma determinata, poichè allora formerebbe una vendita ordinaria (*ibid.*, IV).

XX.—L'immobile acquistato da un coniuge non a denaro, ma in permuta di un bene proprio, immobile o mobile, sarà pure proprio del coniuge, e per intiero, quand' anche esso abbia pagato un compenso per ottenerlo, salvo in tal caso a ristorarne la comunione. Ma se la somma sia così ingente da non potersi reputare un accessorio, un semplice compenso, vi sarà allora permuta e compra insieme, e si dovrebbe quindi decidere, come nell'antico dritto, che l'immobile acquistato sia proprio per la parte proporzionale al valore del proprio alienato, e comune per il dippiù (1401 (T), I).

XXI.—Proprio di un coniuge sarà pure lo immobile acquistato durante il matrimonio in reimpiego di un altro proprio colle condizioni stabilite dalla legge, le quali variano secondo che sia il marito o la moglie. Se il marito, bisogna che egli dichiari, al tempo stesso dell' acquisto, esser quella una compra fatta coi danari di un suo proprio, per formarsene uno nuovo. Questa doppia condizione, 1. di dichiarare insieme la natura dei danari e quella che si vuol dare all'immobile, 2. di far la dichiarazione al tempo dello acquisto, è stata tolta di peso dagli antichi scrittori. Se la moglie, la dichiarazione del marito che deve sempre versare sopra i due indicati punti, può farsi *ex intervallo*; ma bisogna che sia accompagnata o seguita da una accettazione formale che faccia la moglie dello immobile, siccome proprio. Questa accettazione, la quale non basta che risulti da semplici circostanze di fatto, ma bisogna che si esprima in un atto, autentico o privato, deve farsi prima dello scioglimento della comunione. Daltronde essa non produce alcun effetto retroattivo, e finchè la moglie non si renda proprio l'immobile con tale accettazione, esso, come semplice bene della comunione, può essere efficacemente gravato dei pesi reali, od alienato dal marito (art. 1434-35, numeri II e III (TT).

Del resto, la legge non si oppone perchè un immobile si acquisti in reimpiego e come proprio, coi danari proprî provenienti da altronde che non dalla alienazione di un immobile del coniuge. Al postutto, i due casi non differiscono, poichè essendo alienato non esiste più l'immobile, e il coniuge ne ha una determinata somma, come quando i denari provengono da altra sorgente. Nulla impedisce il reimpiego su di un immobile acquistato prima della alienazione del proprio da sostituirvisi, purchè esso si paghi dopo coi danari

provenienti dal proprio venduto, e si adempiano tutte le altre condizioni volute dalla legge (*ibid.*, IV).

XXII. — Quando uno dei coniugi è comproprietario di una parte qualunque di un immobile ancora indiviso, sia che si acquisti durante il matrimonio tutto intero o una parte del rimanente immobile per una causa che lo renderebbe un bene comune, oltre alla circostanza di indivisione; la parte acquistata si riunisce a quella indivisa appartenente in proprio al coniuge, e diventa anche propria, salvo il rimborso alla comunione per il valore di essa porzione. Ma se in questo stesso caso tutti e due i coniugi siano comproprietarî, la porzione acquistata apparterrebbe ad ambedue in proporzione del valore della parte di ciascuno di essi.

Diciamo che la regola si applica solo nel caso in cui la parte acquistata, senza indivisione, sarebbe un bene comune, e che non si applicherebbe se essa, per una delle cause sopra indicate, dovesse formare un bene proprio; poichè, o questo perviene al coniuge non proprietario, e non havvi ragione per far la legge prevalere il proprio di uno dei coniugi su quello dell'altro; o si accresce al coniuge proprietario dell'altra parte, e la legge non doveva per questo caso creare una novella causa di beni proprî che sarebbe stata doppiamente impiegata. Del resto è fuori dubbio (la contraria opinione si è detta forse per inavvertenza) non doversi considerare il momento in cui ha avuto principio l' indivisione, e che essendo il dritto del coniuge nella indivisione un proprio, non debba ricercarsi se il dritto od anche l'indivisione siano nati durante il matrimonio o prima. Parimente deve aversi per indubitato che la regola si applica al coniuge coerede beneficiato, il quale acquisterebbe l' immobile indiviso nell' aggiudicazione fatta ad istanza dei creditori ereditarî. Si è detto che non è questo il caso, preveduto dalla legge, dello acquisto *di una parte* dell' immobile indiviso di cui il coniuge *aveva ed ha l'altra porzione*, e che evvi qui espropriazione della porzione appartenente al coniuge , e quindi acquisto dell' immobile intiero per di lui conto; ma l' idea è sottile e non esatta, poichè essendo stato sempre il coniuge proprietario della sua parte, sarà giusto il dire che in quanto ad essa l' aggiudicazione è stata una conferma del suo dritto, e che siasi realmente acquistata l'altra porzione soltanto (1408 (T), I, II).

Oltre a questa prima regola, la legge ne stabilisce una seconda, anche per questo caso di indivisione, la quale spesso deroga all'altra. Se la porzione indivisa appartenga alla moglie, ed il marito ne acquisti l'altra parte od anche l'intiero immobile, la cosa acquistata o diventa comune, o propria della moglie a sua scelta. Ma se questa, anzichè esercitare il suo dritto di scegliere, o nell'un senso o nell'altro, vi rinunzî facendo venir meno l'effetto di questa nuova disposizione, la cosa acquistata sarà ora propria, giusta la regola precedente, se il marito avrà acquistato la porzione che non era della moglie, ed ora comune, giusta il principio generale che regge la materia, se egli abbia acquistato l'immobile intero. Del resto, parlandosi di acquisto fatto dal marito, bisogna intendersi di qualunque acquisto (e solo di esso) che sia l'opera del marito , ed in qualunque modo l'abbia fatto. Così, quand' anche il marito dichiari di agire per la moglie, non giustificando che egli abbia ciò fatto in forza di un mandato realmente datogli dalla moglie, l'acquisto si riputerà fatto da lui; e se è la moglie che fa l'acquisto, se essa non abbia un mandato del marito, l'acquisto si riputerà fatto per suo conto. Se per l'incontro il marito acquisti in forza di un mandato della moglie, la si riputerà come se avesse comprato essa stessa ; la porzione acquistata le diviene propria di pieno dritto, secondo la regola precedente (*ibid.*, III e IV).

Però il dritto di scegliere della moglie si restringe pel solo acquisto. Così se il marito acquista una sola parte dell'immobile , egli può render propria o comune appunto cotesta parte, non già quella che rimane alla moglie, la quale le sarà sempre propria, comunque poi voglia usar dell'altra porzione; ed è stato per disaccortezza

alcuni che han potuto insegnare il contrario. Essa deve pure il compenso alla comunione se rende proprio l'acquisto; o può pretenderlo da questa per la sua parte quando mette in comunione l'acquisto fatto dell'immobile intero. Inoltre la scelta, non come l'accettazione di un reimpiego, deve farsi necessariamente quando si scioglie la comunione; nè la moglie potrebbe, allorchè si viene alla liquidazione, pretendere di dichiararsi dopo; poichè il suo rifiuto di scegliere immediatamente, varrebbe lo stesso che rinunziare a quel dritto. Da un altro lato, anche a differenza dell'accettazione di un reimpiego, la scelta retroagisce, ed annulla le alienazioni o concessioni di dritti reali che il marito avrebbe potuto consentire sull'immobile (*ib.*, IV e V).

XXIII. — Un'ottava ed ultima sorgente di beni propri immobiliari, di cui non fa parola la legge perchè deriva dalla natura stessa delle cose, è l'accessione all'immobile proprio di un coniuge. Così, occorrendo alcun caso di accessione immobiliare indicato dalla legge, come se si facciano delle seminagioni o costruzioni nei fondi del coniuge, o qualche circostanza in cui l'acquisto diventa necessariamente tutt'uno col fondo, nè possa esistere disgiunto da quello, come, se si acquisti una servitù di passaggio o di prospetto per un immobile, o la comunione del muro divisorio, il novello oggetto sarà proprio del coniuge come lo immobile di cui è l'accessorio, ed insieme con esso.

Ma tale regola non si potrebbe estendere di più. Così, se si acquisti una porzione di terreno per accrescere il podere di un coniuge, essa non sarà propria come il resto del fondo; poichè ciò non sarebbe nè un caso di accessione preveduto dalla legge, nè un caso in cui essa risulti dalla forza stessa delle cose, mentrechè il terreno aggiunto al fondo può sempre esserne disgiunto. Così pure, se il coniuge compri l'usufrutto che gravava il suo immobile; siccome esso può sempre. per la comunione come prima per l'usufruttuario, esister da se separato dalla proprietà, non si potrà dire in tal caso che si congiunga alla nuda proprietà, e che divenga un semplice usufrutto causale, essendone libero il bene proprio, che anzi esso continua ad esistere come usufrutto formale; non altrimenti che se i coniugi avessero voluto ricomprar l'usufrutto, estinguerlo, e non farlo passare alla comunione.—A prima giunta sembra strano che la legge per l'acquisto dell'usufrutto faccia diversamente che per il caso di indivisione; ma (oltrechè una tal differenza si spiega facilmente perchè l'usufrutto non si perderà mai dal coniuge, e perchè quindi lo si deve riunire immantinente alla proprietà, mentre la porzione acquistata dell'immobile indiviso, si ritoglierebbe sempre, dandosi alla comunione) non potendo l'eccezione estendersi da uno ad altro caso, deve reggere il principio che gli acquisti fatti durante il matrimonio diventano beni comuni (*ibid.*, VII).

XXIV. — ***Beni propri mobiliari.*** — Bisogna distinguere due specie di mobili propri, che possonsi chiamare perfetti ed imperfetti. I primi, come i beni propri immobiliari, sono realmente propri del coniuge che li può riprendere allo scioglimento identicamente ed ***in ispecie***; i secondi vanno nella comunione, come se fossero beni comuni, facendo nascere in favore del coniuge un credito uguale al loro valore. I beni propri imperfetti sono: 1° i mobili che si consumano coll'uso, o 2° quelli che si rilasciano, sia dopo un estimo, sia con qualunque altra circostanza che indichi il pensiero di darne anche la proprietà salvo compenso. Del resto, queste due classi di beni propri provengono dalle stesse cause, che possono ridursi a tre.

Sono propri mobiliari: 1° i prodotti non frutti degli immobili propri; 2° i mobili sostituiti ad un bene proprio durante il matrimonio; 3° quelli che si danno ad un coniuge con condizione che li ritenga in proprio (1408 (T), VIII).

1° Abbiam veduto che la comunione ha dritto soltanto a quei prodotti de' beni dei coniugi che sono frutti: gli altri dunque restano propri al coniuge. Fra questi dobbiam porre la metà del tesoro attribuito

jure soli al proprietario del fondo in cui si è rinvenuto; e ben a ragione la contraria dottrina di alcuni giureconsulti è stata rigettata dal più degli scrittori, poichè il Codice, reputando la metà attribuita *jure inventionis* come una somma determinata che cade nella comunione, reputa l'altra, secondo l'antica dottrina di Chopin e di Pothier, giuridicamente diversa, e ne rende fittiziamente una parte dell'immobile da cui fu tolta, benchè non frutto (*ibid.*, e 1403 (T), V, *infine*).

2° Qualunque surrogazione di un bene mobile con un proprio dà naturalmente un bene proprio mobiliare. Tale per esempio è il prezzo di un bene proprio venduto; il compenso, che in caso di permuta di un proprio, si dovrà al coniuge dal suo compermutante; quello che in una divisione di successione tutta immobiliare gli sarà pagato dal suo coerede; il soprappiù del prezzo che l'acquirente pagherebbe, onde evitare la evizione, se il coniuge abbia fatto una vendita a vil prezzo e voglia farla risolvere. Sarà pur così se si soddisfi un credito facultativo, il cui oggetto è immobiliare, consegnando la cosa mobile riservata *in facultate solutionis*.

3° Un'ultima sorgente di beni propri mobiliari sono le donazioni fra vivi o per testamento, fatte ad un coniuge con condizione espressa che riterrà in proprio i mobili donatigli. Non havvi alcuna formula richiesta per indicar quella condizione, la quale può sorgere da qualunque espressione; è necessario però che essa sia espressa, e che il medesimo atto comprovi la volontà del disponente, non bastando una tacita manifestazione. Del resto, se una tal donazione si faccia ad un erede legittimario, il quale accetti la eredità del disponente, bisogna, perchè non possa impugnarsi, che i mobili dati non faccian parte della riserva; poichè l'altro coniuge potrebbe, come avente causa del donatario, in forza del contratto di matrimonio, far dichiarare non essere avvenuta la condizione, e quindi comuni i beni donati (1408 (T), n. VIII).

§ 2. — *Del passivo della comunione e della distinzione dei debiti comuni e dei personali.*

XXV. — Le parole *passivo della comunione*, *debiti della comunione*, *debiti personali dei coniugi*, offrono due sensi distinti, secondo che si tratti dei coniugi fra loro e dello stato diffinitivo delle cose, o dei rapporti dei coniugi coi creditori. Infatti, sebbene spesso i debiti devono pagarsi sui beni che diffinitivamente ne son gravati, pure, e non di rado, essi devono pagarsi sui beni che sono gravati in faccia al creditore, salvo il regresso o il compenso sui beni del vero debitore. Così, la comunione spesso paga un debito che si deve personalmente dal tal coniuge; e viceversa questi può pagare un debito che si deve diffinitivamente o dall'altro coniuge o dalla comunione. Bisogna adunque con attenzione stabilir successivamente per ciascun debito: 1° su quali beni il creditore può ripeterne il pagamento; e 2° su quali beni esso grava diffinitivamente.

Sotto questo duplice aspetto esamineremo separatamente: 1° i debiti anteriori al matrimonio; 2° quelli che pervengono durante il matrimonio come passivo delle successioni o donazioni che si raccolgono dai coniugi; 3° infine, quelli che nascono dal fatto dei coniugi durante il matrimonio.

1. Dei debiti che esistono al tempo del matrimonio.

XXVI. — La legge regola fra i coniugi i debiti di cui essi eran gravati al tempo del matrimonio, distinguendo i mobiliari dagli immobiliari. Un debito è mobiliare se ha per oggetto un bene mobile, immobiliare se un immobile. Oggi son molto rari i debiti immobiliari; ma pur ve ne sono, come per esempio, l'obbligo imposto

ad un legatario di imporre sul suo immobile una servitù al proprietario di un altro immobile.

Essi son personali al coniuge che li deve, e si possono ripetere solo contro di lui. Per l'incontro, i debiti mobiliari possono ripetersi sopra i beni del coniuge non solo, ma anche su quelli della comunione, e quindi su quelli del marito, anche per un debito della moglie; poichè qualunque debito della comunione grava il marito. Ma se la comunione deve rispondere di tutti i debiti mobiliari anteriori sul matrimonio, non tutti però vanno a suo carico, avendo ella il regresso contro il coniuge debitore per quei debiti che si riferiscono ad un immobile del coniuge o che graverebbero esclusivamente sovr'esso. Relativo ad un immobile dicesi quel debito che il coniuge avrebbe contratto per acquistare, conservare o migliorare un immobile che gli apparteneva al tempo del matrimonio; siccome debito dell'immobile dicesi quello che lo grava per un'ipoteca, ed è dovuto dal coniuge come detentore (1409-1410) (TT) nn. III e IV).

XXVII. — Cotesto principio che i debiti mobiliari anteriori al matrimonio vanno a carico della comunione (salvo compenso per quelli che gravano esclusivamente un immobile o che vi si riferiscono) va eccettuato per quelli della moglie, i quali, non si potrebbero provare per iscritto siccome è voluto dai principi generali, per non esservi un atto con data certa anteriore al matrimonio. Il debito allora resta esclusivamente a carico della moglie, e si potrà ripeter solo sulla nuda proprietà dei suoi beni, perchè i frutti di essi appartengono alla comunione. Se però havvi una data certa anteriore al matrimonio, reggerebbe il principio, non montando a nulla, checchè ne abbian detto alcuni scrittori, se la data sia posteriore al contratto di matrimonio; poichè allora non si potrebbe più temere che la moglie obblighi la comunione, *durante il matrimonio*, con antidate.

Inoltre, se il marito, perseguito come capo della comunione per un debito della moglie, abbia pagato senza osservazione nè riserva quel debito che la comunione non doveva perchè senza data certa, egli si reputerà averne riconosciuto la esistenza anteriore al matrimonio, e non potrà quindi avere alcun regresso. Ma se egli l'abbia pagato con riserva, la moglie dovrà rimborsare la comunione (*ibid.*, numero III).

2. Debiti delle successioni o donazioni pervenuti durante il matrimonio.

XXVIII. — I debiti che gravano le successioni e donazioni che pervengono ai coniugi durante la comunione, son governati da regole semplicissime, in quanto ai dritti rispettivi dei coniugi, le quali però si complicano in quanto al dritto di agire dei creditori.

Per rispetto ai coniugi, i debiti gravano la comunione in ragion del valore mobiliare delle successioni o donazioni, ed il coniuge erede o donatario per il dippiù. Così, siano i debiti mobiliari o immobiliari, si riferiscano o no agli immobili pervenuti, essi devono sostenersi per intero dalla comunione, se la successione o la donazione è tutta mobiliare; e dal coniuge se tutta immobiliare; essi in fine dovranno sostenersi in parte dalla comunione ed in parte dal coniuge; sia la successione o la donazione composta di mobili, o d'immobili (art. 1411, 1412, 1414 (TTT)).

Quando la successione o donazione è mista, il valore dei mobili per rispetto agli immobili deve comprovarsi con inventario. Quest'obbligo in tutti i casi, anche quando si tratti di una successione o donazione pervenuta alla moglie, è imposto al marito, il quale non adempiendovi è il solo responsabile. Se dunque allo scioglimento della comunione, per la mancanza dello inventario, sorgano dubbî sul valore della porzione mobiliare della successione o donazione mista, e quindi sulla porzione dei debiti da doversi contribuire dal coniuge o dalla comunione, la moglie o i suoi rappresentanti possono far la pruova non

solo con titoli, ma con testimoni, ed anche per pubblica voce. Ciò non potrebbe *il* marito, e molto meno i suoi eredi, poichè l'erede ha gli stessi diritti del suo autore: essi potrebbero pruovare solo con titoli (1414 1417 (TT), n. II)).

Un' ultima osservazione dobbiam fare in quanto alle donazioni, cioè, se il donante, derogando al principio ordinario, dispone dei beni mobili con condizione che resterebbero proprî del coniuge, o degli immobili dichiarando che sarebbero comuni, i debiti graverebbero il coniuge nel primo caso, e la comunione nel secondo. D'altronde tutto quello che abbiam detto si applica a qualunque donazione tra vivi o per testamento, e non solo alle disposizioni a titolo universale, ma anche a quelle a titolo particolare le quali van gravate dai debiti (art. 1418 (T)).

XXIX.—La legge, come abbiam detto, stabilisce delle regole molto complicate in quanto al dritto di agire de' creditori. In fatti, oltre alla distinzione delle successioni o donazioni in mobiliari, immobiliari e miste, il Codice distingue ancora se coteste successioni o donazioni siano pervenute al marito o alla moglie, se questa le abbia accettato coll'autorizzazione del marito o solo con quella del magistrato, e se in fine sia stato o pur no fatto lo inventario caso che quelle siano mobiliari in tutto o in parte.

Successioni e donazioni immobiliari.—Se i beni pervengono al marito, i creditori possono rivolgersi: 1. sugli immobili pervenuti, i quali in qualunque caso formano la loro garanzia; 2. sugli altri beni del marito, poichè egli è il debitore; 3. sui beni comuni (poichè qualunque debito del marito, per rispetto ai creditori, è debito della comunione), salvo a questa il compenso.

Se gli immobili pervengono alla moglie, la quale li accetta col consenso del marito, i creditori possono rivolgersi: 1. sui beni pervenuti; 2. sugli altri beni proprî della moglie, anche sui frutti, ma non sopra i beni della comunione e del marito; poichè questi, in principio, consentendo alla obbligazioni della moglie, non si è obbligato personalmente (*qui auctor est non se obligat*), e quindi non si potrebbe estendere a lui e alla comunione l'obbligazione della moglie autorizzata dal marito, se non nel solo caso in cui la legge ha formalmente derogato al principio. Se la moglie è stata autorizzata dal magistrato, i creditori, oltre agli immobili pervenuti, possono rivolgersi sulla nuda proprietà dei beni di lei (art. 1411 1413 (TT), n. I).

Successioni e donazioni mobiliari.—Se esse sono pervenute al marito, il dritto dei creditori può esercitarsi: 1. sui beni della comunione; 2. su quelli del marito, salvo compenso per quest'ultimo. Se pervenute alla moglie ed accettate, o dal marito, o col suo consenso, i creditori possono agire: 1. contro i beni della comunione, la quale deve sostenere i debiti; 2. contro i beni del marito (poichè qualunque debito della comunione, per rispetto ai creditori, è debito del marito), ma salvo compenso per costui; 3. contro i beni della moglie, salvo a compensarsi dalla comunione. Se la moglie abbia accettato autorizzata dal magistrato, e faccia l'inventario, si può agire: 1. su i beni della comunione sino alla concorrenza dei mobili pervenuti; 2. sulla nuda proprietà dei beni della moglie, salvo a chiedere compenso dalla comunione. Se accettando la moglie coll'autorizzazione del magistrato, non faccia inventario, i beni della comunione risponderanno dello intero, e quelli della moglie secondo abbiam detto (*ibid.*, n. II).

Successioni e donazioni miste.—Il diritto dei creditori può esercitarsi come appresso:

1° Se esse pervengono al marito: 1° sui beni pervenuti (salvo a compensar la comunione, se si paghi sui mobili tutta o più della porzione che li grava, ed il marito, se si paghi una troppa porzione sugl'immobili); 2° sui beni proprî del marito (salvo a chieder compenso dalla comunione per la porzione che grava i mobili); 3° sui beni comuni (salvo a chieder compenso dal marito per la porzione che grava gl'immobili).

Se pervengono alla moglie, la quale ac-

cetta autorizzata dal marito: 1° sui beni pervenuti (salvo il compenso alla comunione o alla moglie, come sopra al n. 1); 2° sui beni propri della moglie (salvo a chieder compenso dalla comunione per la porzione rispettiva dei mobili); 3° sui beni della comunione (salvo a chieder compenso dalla moglie per la porzione rispettiva degli immobili); 4° sui beni propri del marito (salvo a chieder compenso dalla comunione per la porzione rispettiva nei mobili, e dalla moglie per quella rispettiva negli immobili). Se la moglie sia stata autorizzata dal magistrato ed abbia fatto inventario: 1° sui beni pervenuti (salvo compenso come sopra al n. 1); 2° sulla nuda proprietà dei beni della moglie (salvo compenso come sopra al n. 2). Se non abbia fatto inventario, si reputerà come se fosse stata autorizzata dal marito; i creditori *però non* possono in tal caso rivolgersi contro *i* beni propri di costui (1414-1417 (TT), num. II).

3. Dei debiti contratti dai coniugi durante il matrimonio.

XXX. — Siccome è naturale, vi ha qui grandissima differenza fra il marito e la moglie. — Dovendo la comunione rispondere di tutti i debiti del marito, capo di essa, e viceversa, ne segue che i beni comuni sono obbligati per qualunque convenzione che faccia il marito, per gli atti illeciti, come per i suoi contratti o quasi-contratti. Questa regola soffre eccezione soltanto per le obbligazioni che risultano da un reato che tragga seco la morte civile, nel momento in cui agiva il creditore. Questi allora potrebbe rivolgersi sulla parte della comunione divenuta propria del marito (o meglio dei suoi eredi), per lo scioglimento derivato dalla morte civile (1424-1425 (TT), nn. I e III).

Per rispetto alla moglie, gli atti da essa validamente contratti (e per i quali può procedersi contro i suoi beni), obbligano pure, in generale e per una derogazione al dritto comune, i beni della comunione e quelli del marito, se fattisi col di lui consenso espresso o tacito. Al dritto comune, secondo cui *qui auctor est non se obligat*, fu derogato dal legislatore, per timore che il marito non usasse del suo ascendente sulla moglie, per farle contrarre personalmente delle obbligazioni che vantaggerebbero lui o la comunione. Da tale regola è anche governata la moglie, la quale esercita la pubblica mercatura, poichè essa obbliga il marito e la comunione per gli atti del suo commercio, solo in forza del consenso espresso o tacito del marito, che le è stato necessario all'esercizio della pubblica mercatura; senza del quale gli atti di lei, in generale, non obbligherebbero nè la comunione nè il marito, e per essi si potrebbe agire solo sulla nuda proprietà dei suoi beni (1419-I, 1426-I (T, 1397)).

La legge, facendo eccezione a cotesta regola, ritorna al dritto comune in due casi, di cui conosciamo il primo, cioè: 1° se la moglie accetti le successioni o donazioni immobiliari col consenso del marito, e 2° se venda i suoi immobili, autorizzata dal marito. Per l'incontro, e per una eccezione inversa, siccome la legge per questi due casi rientra sotto il principio *qui auctor* (in guisachè la moglie sola può esser perseguita), alle volte la moglie obbliga la comunione e il marito senza il di costui consenso, autorizzata solo dal magistrato. Ciò può avvenire: 1° se si debba rendere la libertà al marito o conservargliela; 2° se si debba collocare il figlio in matrimonio o altrimenti, essendo assente il marito (1419-I, 1427-II (T, 1398)).

Siccome la moglie non autorizzata dal marito non può, in generale, obbligare costui o la comunione, anche con atti leciti, essa molto meno potrebbe obbligarli con atti illeciti; ed i suoi delitti o quasi-delitti obbligherebbero la nuda proprietà dei suoi beni propri (1424 (T) n. II).

Inoltre se la moglie, contraendo col consenso del marito, abbia agito non per se ma in nome di lui, adempiendo il suo

mandato espresso o tacito, essa obbligherebbe questi e la comunione e non già se stessa (1420 (T), I).

XXXI. — La comunione deve pagare i varî debiti di cui abbiamo parlato, ma essa non li sostiene tutti diffinitivamente; dobbiam quindi, stabilito il dritto di agire dei creditori contro la comunione, vedere quando essa avrà dritto a compenso.

Vi sarà compenso se la comunione abbia pagato i debiti provenienti da delitti del marito, o le spese o i danni-interessi che da essi risultarono, come anche le ammende che si son dovute pagare. Sarebbe iniquo infatti che la moglie dovesse sentire pure le conseguenze dei reati del marito. Non così per i quasi-delitti, i quali debbonsi riputare come accidenti inseparabili da qualunque amministrazione, e per cui non si dovrebbe compenso (art. 1424 (T), I e II).

Inoltre la comunione può chieder compenso, se avesse pagato un debito contratto nello interesse personale di uno dei coniugi; come anche il coniuge può chieder compenso all'altro, se siasi pagato un debito del primo sui beni di costui; come per esempio, se la moglie abbia pagato per togliere il marito dalle carceri, o se il debito contratto da lei nel suo proprio interesse col consenso del marito, sia stato pagato coi beni di costui (1419-II, 1427-II (T, 1398)).

XXXII. — Tra i debiti che devonsi pagare dalla comunione senza compenso, e che ne formano il passivo propriamente detto, bisogna annoverar quelli che han per oggetto il pagamento dei pesi del matrimonio o inerenti all'usufrutto, dei beni proprî dei coniugi, come anche gl'interessi o le annualità dei debiti proprî dei coniugi.

E in prima la comunione deve sostenere tutte le spese del matrimonio, cioè quelle che abbisognano per la famiglia, pel mantenimento dei coniugi e dei figli comuni, per la educazione di questi, ecc. Si noti, che siccome sarebbe contrario all'uso e all'ordine, che il marito si prenda cura delle piccole spese di famiglia, le quali per la loro stessa natura son proprie della moglie, questa è stata sempre considerata come presunta procuratrice del capo della comunione per contrarre tali debiti, i quali possono ripetersi sui beni del marito e della comunione, e non già su quelli della moglie. Una tal presunzione però verrebbe meno se i somministratori, conoscendo la contraria volontà del marito le abbiano consentito dei debiti; e se la moglie non coabitasse col marito, questi e la comunione dovrebbero rispondere se la separazione abbia avuto luogo col suo consenso, e se egli stesso non avesse occorso ai bisogni di lei (1409-V, 1420-I e II (TT)).

La comunione inoltre deve pagare tutti i pesi inerenti all'usufrutto dei proprî dei coniugi, specialmente le riparazioni di manutenzione. Essa parimente, ma solo per rispetto ai beni proprî della moglie, dovrà pagare le riparazioni straordinarie, divenute necessarie per manco delle ordinarie durante il matrimonio.

Non così per i beni del marito, poichè egli non potrebbe farsi pagare dalla comunione il danno che ha sofferto per sua colpa (1409 (T), V).

Da ultimo si badi che la comunione, anche nei debiti i quali debbonsi personalmente da un coniuge, come quelli di una successione puramente immobiliare pervenutagli, deve pagare gli interessi o le annualità di questi debiti che corrono durante la comunione, in guisachè il coniuge deve personalmente pagar solo il capitale *(ib)*.

SEZIONE II.

DELL' AMMINISTRAZIONE DELLA COMUNIONE E DI QUELLA DEI BENI PROPRÎ.

§ 1. — *Dell'amministrazione della comunione.*

XXXIII. — Il marito amministra i beni della comunione, non come un amministratore ordinario, ma con poteri molto ampî, e come un vero proprietario; il marito insomma è amministratore *cum libera potestate*, od anche più brevemente, amministratore *cum libera*.

Egli non solo può consentire fitti di lunga durata, compromessi, transazioni, bensì può ipotecare gl'immobili, gravarli di servitù, ed anche alienarli. In principio però, egli non può alienare a titolo gratuito; ed appunto in ciò differiscono i poteri del marito da quelli del proprietario, perchè la moglie può ottenere lo scioglimento della comunione se l'amministrazione vada in rovina. Il marito non può in principio, nè per sè stesso, nè col permesso della moglie, nè col di lei concorso, checchè se ne sia detto, donare validamente fra vivi i beni comuni, salvo le due seguenti eccezioni (1421-1423 (1396-1404), nn. I e II).

XXXIV. — Il marito dovendo collocare in matrimonio, o altrimenti, un figlio comune, può donargli anche a titolo universale tutti i beni che compongono presentemente la comunione. Diciamo i beni *presenti*, poichè la donazione dei beni futuri, l'istituzione contrattuale, facendosi per il tempo della morte del disponente, quando cioè non vi sarà più comunione, l'amministratore di essa non ne avrebbe più la facoltà, e la donazione si regolerà secondo il dritto comune al pari del legato di cui, ora parleremo. È questa la prima eccezione.

La seconda ha luogo quando il marito dona i beni mobili a titolo particolare. La sua donazione sarà valida, purchè egli non si riserbi l'usufrutto delle cose donate. Egli inoltre può farla a qualunque persona, salvo però il compenso, se per essa il marito abbia soddisfatto un debito personale (*ibidem*, III e IV).

Oltre questi due casi, sarà nulla qualunque donazione di beni comuni : ma non assolutamente. Essa si riputerà come non esistente in faccia alla moglie e nel di lei interesse, se questa dopo lo scioglimento accetti la comunione, durante la quale la donazione si eseguirà ; se dopo lo scioglimento la moglie rinunzî alla comunione, essendo allora tutti i beni comuni proprî esclusivamente del marito, questi avrà disposto della cosa sua, e la donazione rimarrà valida. Se la moglie accetta i beni comuni, essi si divideranno come se donazione non vi fosse stata, e la moglie rivendicherà dal donatario i beni che spettavano alla sua porzione; ma siccome l'atto, nullo in faccia alla moglie, è sempre valido fra il marito e il donatario, questi potrà riprendere dai beni del marito l'equivalente di ciò che ha restituito alla moglie (*ibid.*, V).

XXXV. — Il legato e l'istituzione contrattuale sono atti con cui si dispone pel tempo della morte, quando cioè la comunione sarà sciolta; il marito quindi, non essendo più dentro ai poteri conferitigli per la donazione fra vivi, non potrebbe, nemmeno per il collocamento di un figlio comune, disporre in tal modo di tutta la comunione. Egli (salvo un ultimo favore che indicheremo) sarà perciò governato dal dritto comune, e la sua disposizione, come quella della moglie, avrà effetto per i soli beni che gli apparterranno dopo la divisione, o la rinunzia della moglie. Non di meno egli gode di un beneficio che non si può estendere alla moglie: mentre che la disposizione di costei sarà assolutamente nulla per tutto quello che non cade nella sua porzione, quella del marito, anche sotto questo riguardo, sarà nulla solo in faccia alla moglie, ed il beneficiario potrebbe

prendere su gli altri beni del marito l'equivalente dei beni comuni che ha dovuto restituire alla moglie (*ibid.*, VI).

§ 2. — *Dell' amministrazione dei beni propri.*

XXXVI. — Il marito, il quale amministra *cum libera* i beni comuni, con più ragione amministra i suoi beni propri disponendone a suo grado. La legge inoltre gli ha affidato l' amministrazione dei beni della moglie, ma come ad un amministratore ordinario. Così egli può esercitare tutte le azioni mobiliari in nome della moglie, e quelle immobiliari che si riferiscono al possesso: ma non già le immobiliari petitorie (1). Ricusandosi il marito di esercitare un'azione mobiliare o possessoria, la moglie stessa potrà farlo, autorizzata dal magistrato (1428 (1390), I).

Però, sebbene egli possa intentare tutte le azioni mobiliari della moglie, non potrebbe alienare i mobili, e molto meno gli immobili propri di costei (2); poichè il dritto di intentare un'azione non trae quello di disporre dell'oggetto per cui si può agire, ed il Codice infatti niega al marito il dritto di far dividere una eredità pervenuta alla moglie sì mobiliare che immobiliare (*ibidem*, II).

Inoltre, la moglie non può rivendicare in intero il suo immobile illecitamente alienato dal marito, se non rinunzi alla comunione; poichè ove accetti, essa si obbliga di soddisfare in metà il debito di garanzia di che è gravata la comunione per il fatto del marito, e non può rivendicar la metà dello immobile, secondo la regola *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (*ibid.*, III).

XXXVII. — Il marito, amministratore dei beni della moglie, deve rispondere di qualunque deterioramento che risulti dalla mancanza di atti conservatori, frai quali in prima la esecuzione delle riparazioni straordinarie, e l' interruzione delle presunzioni. Parliam solo delle riparazioni straordinarie, poichè quelle di manutenzione si fanno dal marito non come amministratore dei beni della moglie, ma come capo della comunione che di quelli ha l'usufrutto. Il marito inoltre deve rispondere indistintamente per tutte le prescrizioni, fossero anche incominciate a correre prima del matrimonio; e ciò è ben equo, poichè ad interromperle bastano le azioni petitorie che egli può esercitare per l'usufrutto. Del resto, dovendo rispondere la comunione dei danni-interessi dovuti dal marito per la mancanza di atti conservatori, la moglie, accettando quella, potrà ripeterne solo la metà contro il marito o suoi rappresentanti (*ibid.*, IV).

XXXVIII. — Il marito, come amministratore dei beni della moglie e come capo della comunione che ne ha l'usufrutto, può consentirne i fitti; ma perchè la moglie o i suoi eredi non fossero obbligati per un tempo ben lungo dopo lo scioglimento, non si è permesso al marito di farli per più di nove anni, e di rinnovarli più di due anni prima per le case, e tre anni per i beni rustici. Il fitto consentito per più di nove anni è nullo, se non sia ancora cominciato quando scioglievasi la comunione; se cominciato, lo si dividerà in periodi di nove anni per uno (tranne l'ultimo che può esser minore), ed obbligherà la moglie per il tempo che resta a correre del periodo. Quello consentito per più di due o tre anni, è parimente nullo, se la comunione si scioglie prima che esso sia cominciato (1429-1430 (1400, 1401), n. I e II).

In questi due casi la nullità messa innanzi nello interesse della moglie, non potrebbe essere invocata dallo affittaiuolo, il quale dovrà sempre eseguire il fitto, se ciò volessero la moglie o i suoi eredi. Inoltre, se il fitto non sia stato consentito

(1) Egli però, come amministratore della comunione, può farlo per l'usufrutto che a questa appartiene sugli immobili della moglie.

(2) Ma ciò per i mobili che sono rigorosamente propri, poichè i propri imperfetti in sostanza non sono che beni comuni, di cui il marito può disporre come capo della comunione.

dal solo marito, ma da ambi i coniugi, esso sarà sempre valido, qualunque fosse la durata ed in qualunque tempo fosse stato consentito. Infine, applicandosi la nullità, il locatario, se ingannato dal marito, ha dritto ai danni interessi contro costui, ed anche in metà contro la moglie, se accetta, salvo a costei il regresso (*ib.*, III).

SEZIONE III.

DELLO SCIOGLIMENTO DELLA COMUNIONE E DELLE SUE CONSEGUENZE.

XXXIX. — La comunione può sciogliersi per cinque cause: 1° per la morte naturale di uno dei coniugi; 2° per la morte civile; 3° per la separazione giudiziaria di beni; 4° per lo annullamento del matrimonio; 5° per la dichiarazione di assenza di un coniuge (1441 (1405 M)).

Bisogna dare qualche schiarimento sulla terza di queste cause, poichè le altre quattro o sono chiare per se stesse o sono state altrove spiegate.

La separazione di beni, la quale può adottarsi dai coniugi nel contratto di matrimonio, e che perciò si dice *contrattuale* o *convenzionale*, può sostituirsi alla comunione per mezzo di una sentenza; essendo nulla qualunque convenzione intorno a ciò. Del resto, cotesta separazione giudiziaria può essere lo effetto di una sentenza speciale di separazione di beni, ovvero necessaria conseguenza di una sentenza di separazione di persona. Abbiam visto (libro I, tit. IV) per quali motivi un coniuge può ottenere la separazione di persona: quella di beni può domandarsi solo dalla moglie, e per una sola causa, cioè se gli affari del marito vadano talmente in rovina che la moglie abbia a vedere in pericolo tutti o parte dei suoi beni presenti od eventuali (1443 (1407) I e II).

XL. — Siccome la sentenza speciale di separazione di beni retroagisce al giorno della domanda, la legge nello interesse dei terzi richiede, pena la nullità, che quanto più pubblica fosse la domanda con quelle formalità da essa determinate, le quali debbonsi adempire almeno un mese prima che si profferisca la sentenza (artic. 1445 (1409), I).

Appena questa profferita, avrà il suo effetto se si rende pubblica colle formalità indicate dalla legge, e se la si adempia immediatamente, pagando i dritti e le ricupere della moglie per mezzo di un atto autentico, o se almeno si dia principio ad eseguirla nei quindici giorni dacchè è stata profferita la sentenza, e che la si compia poi senz'altra interruzione, oltre a quella necessaria perchè la moglie faccia inventario e si deliberi, cioè tre mesi e quaranta giorni.

La semplice notificazione della sentenza non si può riputare come un atto di esecuzione, per cui non si può ammettere la contraria dottrina, come nè quella con cui arbitrariamente si pretende che la interruzione dei procedimenti debba durare un intiero anno, per produrre il suo effetto (*ibid.*, II, III).

XLI. — Siccome il dritto di chiedere la separazione de' beni, benchè pecuniario in sè stesso, riguarda nondimeno interessi morali di un ordine il più elevato, la legge non permette che i creditori della moglie lo esercitino senza il consenso di lei; inguisachè essi non possono, ove la moglie nol consenta, nè intentare l'azione, nè proseguirla se ella disdica il consenso che prima loro aveva dato. Fallito o decotto il marito, l'inazione della moglie avvantaggia i creditori di lui; per cui i creditori della moglie, che non propone o non continua l'azione, possono agire come se vi fosse separazione; ed i coniugi in tal caso, benchè in comunione, si reputano separati di beni per rispetto a cotesti creditori, i quali si pagheranno sulle rendite dei beni della moglie, come se loro fosser proprie, salvo alla comunione, quando realmente si scioglie, a chieder compenso dalla moglie per le rendite tolte a quel modo (1446-1447 1410-1411), I e II).

I creditori del marito i quali hanno interesse d' impedire l' effetto della separazione, possono intervenire nell'istanza per impugnare la domanda ed opporsi alla profferita sentenza. Per ciò essi possono agire coi mezzi ordinarî di opposizione o di appello, ed in caso di frode anche colla opposizione di terzo, la quale posson mettere in campo dopo la esecuzione, dentro un anno se si siano adempite tutte le formalità, e in trenta nel caso contrario (*ibidem*, III).

XLIII. — I coniugi non possono col loro consentimento stabilire la separazione di beni, ma per l' incontro farla cessare. Ciò deve comprovarsi con un atto stipulato da notaio e con minuta, ed affisso nella sala principale del tribunale civile (e del tribunale di commercio se il marito è commerciante). Son queste le sole formalità che la legge richiede (1451 (1415), n. I).— Allora cessa la separazione retroattivamente, e la regola della comunione si reputa come se fosse stata sempre esistita, salvo gli atti fatti dalla moglie con quelle facoltà che la separazione le attribuiva, i quali rimarranno validi (*ibid.*, II). Diciamo che la comunione primitiva si reputa come se non fosse mai cessata; poichè infatti i coniugi non possono ristabilire una comunione diversa dalla prima in checchessia. La legge dichiara rigorosamente irrevocabili le convenzioni matrimoniali, e permette solo di sostituire la separazione alla comunione per torre dal pericolo i beni della moglie; ma se questa, abbandonando la regola di separazione, rimette i suoi beni in comunione, la legge obbliga i due coniugi, *sive velint, sive nolint*, a ristabilire la comunione precedente, e dichiara nulla, senza distinzione, *qualunque convenzione* che tenda a modificarla, sia anche stipulata espressamente per ristabilir la comunione; poichè, come diceva Pothier, la comunione primitiva riprende il suo impero per il fatto medesimo dell'abbandono della separazione (*ibid.*, III).

XLIII. — Gli effetti della separazione giudiziaria, eccettone un sol punto, sono i medesimi di quelli della separazione per contratto, secondo poi diremo parlando di tale regola.

Se la separazione di beni ha luogo come conseguenza della separazione di persona, gli effetti retroagiranno al dì della sentenza; se si pronunzia principalmente, dal giorno stesso della domanda, cioè, pel marito dalla notificazione della citazione introduttiva, e per i terzi tostochè si sono adempite tutte le formalità richieste perchè ne abbiano conoscenza. La comunione quindi da un lato si discioglie, e dividesi (se havvi accettazione) fra il marito e la moglie, nello stato in cui era al giorno della domanda; e dall'altro saranno nulli, se posteriori allo adempimento delle formalità richieste per la domanda, tutti gli atti fatti dal marito con terzi, alla validità dei quali è necessaria la esistenza della comunione. Il marito però durante la lite può fare gli atti di pura amministrazione (1449 (1413), n. I).

XLIV. — In qualunque modo si sciolga la comunione, sia per la separazione di beni, come per qualunque altra cosa, la moglie (non che i suoi rappresentanti) possono accettare la comunione o rinunziarvi. È questa una disposizione d'ordine pubblico; e sarebbe nulla qualunque convenzione o dichiarazione con che si volesse togliere alla moglie questa facoltà. Cotal dritto di scegliere appartiene sempre e necessariamente alla moglie o ai suoi aventi-causa, e non mai al marito, nè anco a titolo di aventi-causa della moglie; poichè essendo il dritto stabilito contro di lui, è incompatibile colla sua qualità (art. 1453, 1463 (1418, T), III).

Studieremo quindi successivamente: 1° i principî che regolano il dritto di scelta, e le regole comuni a'due casi di accettazione e di rinunzia; 2° i particolari effetti dell'accettazione; 3° quelli della rinunzia.

§ 1. — *Del dritto di scelta e delle regole comuni alla accettazione ed alla rinuncia.*

XLV. — Abbiam detto come i rappresentanti della moglie, cioè i suoi eredi ed altri successori generali, abbiano al par di lei la facoltà di accettare o di rinunziare. Il dritto è di ciascun di essi individualmente e per la sua porzione ereditaria; la comunione può accettarsi dall'uno e rinunziarsi dall'altro, non pretendendosi si mettano di accordo per prendere una stessa risoluzione, nè che si dirigano ai tribunali per far decidere il *quid utilius*. Da un lato adunque si applicheranno insieme le conseguenze della accettazione a colui che accetta, e soltanto per la parte sua; e d'altro lato le conseguenze della rinunzia a chi rinunzia, e per la sua parte. E non solo è applicata tal regola quando con la morte della moglie si scioglie la comunione, ma ben anche quando avverandosi lo scioglimento vivente la moglie, questa si muore pria di avere scelto e mentre ha il dritto di farlo; essendo tal dritto in sè divisibile, si divide nel secondo caso come nel primo, passando ai vari rappresentanti della moglie (1465 (T)).

I creditori della moglie o suoi rappresentanti possono fare annullare qualunque accettazione o rinunzia che defrauda i loro dritti (1454 (1418)).

XLVI. — La scelta della moglie o dei suoi rappresentanti può farsi espressamente o tacitamente, *verbis* o *facto*.

Vi è espressa accettazione quando si prende in una scrittura pubblica o privata la qualità di vivente in comunione; e tacita, o quando si fa un atto che si potea compier solo con tal qualità e che dimostra l'intendimento d'essere in comunione; o quando ella che si presume dalla legge aver accettato, fa spirare il termine accordatole per far la rinunzia, e non rinunzia. Le semplici misure conservatorie e di pura amministrazione non costituiscono atti di accettazione; ma non così qualunque atto di disposizione, e quindi la pretesa rinunzia fatta per un prezzo; perchè farsi pagare il rilascio di una cosa, sarebbe disporne (1454-I (1418)).

La espressa rinunzia si fa con dichiarazione fatta in cancelleria, ed iscritta nel registro delle rinunzie alla eredità (1457 (1422)). Quando la persona supposta dalla legge rinunziante, fa scorrere senza che accetti i termini stabiliti per l'accettazione, vi è tacita rinunzia.

Fatta la scelta cessa il dritto, per cui non si può in generale prendere altro partito. Ma se si ha scelto per dolo o in età minore senza adempire le formalità volute, allora è altrimenti.

Si può essere restituito, sia contro la sua accettazione o contro la sua rinunzia (1455-II (1420)).

Trai fatti della moglie maggiore che inducono l'accettazione, vi ha la sottrazione o l'occultazione di oggetti della comunione, ed essa non può più rinunziare dopo essersi resa colpevole: se dopo la rinunzia ella distorna od occulta, la irrevocabilità della rinunzia non la farebbe più dichiarare accettante, e sarebbe colpevole del furto (1460 (1425)).

XLVII. — Sciogliendosi per la morte naturale o civile del marito la comunione, la moglie la quale è allora in possesso dei beni di quella, e potrebbe facilmente toglierne una parte, presumesi dalla legge che ella sia accettante, e non può rinunziare se non immediatamente, facendo stendere un inventario fedele e regolare che dovrà affermare essere sincero alla chiusura. L'inventario deve essere finito nei tre mesi dalla morte del marito, tranne che la moglie non ottenga dal giudice la proroga del termine.

Fatto l'inventario entro il termine, la moglie gode, per dichiararsi, d'altro termine di quaranta giorni che può esser pure prorogato dal giudice, presenti ovvero chiamati gli eredi del marito. Se essa non ha fatto stendere l'inventario nei tre mesi (salvo la proroga che le si è potuto accordare)

diversamente di quanto avviene in caso di successione per l'erede, è essa decaduta del dritto di rinunziare, e rimane diffinitivamente accettante.

Spirato il termine di quaranta giorni (che può prorogarsi) accordato per deliberare e risolvere, non si rende perciò solo la moglie accettante, ma come tale possono gli interessati perseguirla; fattosi l'inventario entro il termine, può la moglie per trenta anni dalla morte del marito, rinunziare quando che sia, anche nel corso dei procedimenti fatti contro di lei (pagando però le spese); ma se in tali procedimenti ella non rinunzia e fa condannarsi come vivente in comunione, allora è irrevocabilmente accettante (artic. 1456, 1459-1462 (1421, 1424-T)).

Se in questo stesso caso di morte naturale o civile del marito, la moglie pria di avere scelto muore, o entro il termine dell'inventario o in quello per deliberare, la legge accorda ai suoi eredi non solo il tempo che rimaneva del termine in cui ella è morta, bensì un altro intero. Se fra i quaranta giorni (dopo finito l'inventario) ella si muore, gli eredi che posson solo scegliere nella comunione, dopo aver preso parte alla credità della moglie, potranno, se l'inventario fatto dalla comunione non li rende abbastanza informati, prendere per l'inventario il termine di tre mesi dato a qualunque erede, prima ed oltre quello di quaranta giorni (1461, 1462 (1426, T)).

XLVIII.—La moglie, presunta accettante quando lo scioglimento si avvera per la morte naturale o civile del marito, presumesi invece rinunziante quando la comunione si scioglie per sentenza di separazione di persona o di beni; e se ella in tal caso fa passare, senza che accetti, il termine di tre mesi e quaranta giorni (che può d'altronde prorogarsi dal giudice) diventa essa estranea del tutto alla comunione, come se avesse formalmente rinunziato. Il termine qui dato alla moglie per dichiararsi è pari ai due di cui gode nel caso precedente per far pria l'inventario e poi deliberare. Quantunque la moglie non sia qui obbligata a fare inventario, pure vi ha un grande interesse, tanto per decidersi con piena conoscenza di causa, che per godere in caso di accettazione del *beneficio dell' inventario*, di cui parleremo nel seguente paragrafo (1463 (T)).

Finalmente se per la morte (naturale o civile) della moglie si scioglie la comunione; la regola stabilita per gli eredi di lei partecipa delle due che precedono. Pari alla moglie separata, sono essi liberati dall'obbligo dell'inventario; ma come la moglie superstite si presumono accettanti fino a che non dichiarino il contrario (1466 (T)).

XLIX.—La vedova, accetti o rinunzi la comunione sciolta si per la morte del marito, ha il dritto di avere sui beni comuni: 1° il suo lutto, e quello dei suoi domestici, secondo la condizione sociale e gli averi del marito; 2° l'abitazione e i viveri per se e i suoi domestici durante il tempo stabilito dalla legge perchè essa faccia l'inventario e si deliberi. Cotesto dritto a lei personale non può esercitarsi dai suoi eredi (1465 e 1481 (T e 1417)).

L. — *Dei compensi*. Un punto importante che, salvo alcune varietà di particolari che noteremo, è comune ai due casi d'accettazione e di rinunzia, si è il pagamento dei compensi, cioè delle indennità che possono esser dovute o alla comunione dall'uno dei coniugi, o al coniuge dalla comunione, o all'uno dei coniugi dall' altro.

Allorquando un affare fatto durante la società coniugale, ha recato un beneficio ad un coniuge o a spese dell'altro, o della comunione, dopo lo scioglimento deve pagarsene l'indennità dal coniuge che ha avuto il beneficio; e la comunione che ha raccolto un vantaggio a danno del patrimonio di un coniuge, gliene deve compenso sui beni comuni.

LI.— Quando il marito si è reso garante della vendita fatta dalla moglie d' uno immobile proprio di lei, e deve perciò ristorare lo acquirente evitto, egli può rivolgersi contro la moglie e chiederle compenso del danaro da lui pagato (1432 (1403)).

Non solo in caso di garanzia di una vendita è dovuto compenso al marito, ma vi ha egli dritto tutte le volte che per un obbligo

da lui contratto con solidarietà o senza, per un affare personale della moglie, avrà in tutto o in parte pagato il debito di lei. Così sarebbe anche dovuto compenso alla moglie se ella pagasse il debito personale del marito.

Ma il Codice spingesi oltre per la moglie. Considerando che spesso ella obbligasi col marito per garantire l'obbligazione da lui contratta, dichiara che il dritto di esser la moglie riguardata per rispetto al marito, come semplice mallevadrice, e di poter pretendere compenso di quanto ha pagato esiste anche per gli affari della comunione, pei quali dovrebbero in principio contribuire ugualmente entrambi. Vero che in tal caso esercitasi contro la comunione e non contro il marito il compenso, in guisa che se la moglie accetta la comunione e questa è buona, il compenso non avrà risultato alcuno, perchè la moglie avrà di meno nella metà sua del fondo comune quel che il compenso le darebbe di più; ma se cattiva è la comunione, il dritto di compenso le sarà molto utile anche in caso di accettazione (**1431** (**1402**), I e IV).

La moglie nei suoi rapporti col marito gode del beneficio eccezionale d'esser trattata quale mallevadrice, benchè obbligata per cosa che riguardi lei quanto il marito. In faccia ad un terzo condebitore e al creditore, ella non ha tal beneficio, e rimane ordinaria debitrice; se in caso di solidarietà il terzo pagasse l'intero debito, si rivolgerebbe contro la moglie per la porzione di lei (che che ne dica altrimenti una decisione dei ricorsi) e contra il marito per quella di lui (*ibid.*, II).

Aggiungasi che avrà fine tal beneficio, rimanendo la moglie governata dal dritto comune, anche riguardo al marito, quando le circostanze mostreranno essersi ella impegnata non solo per garantir l'obbligo del marito, ma anche per gravarsi personalmente d' una parte del debito. Tale è il caso in cui i coniugi contraessero per dotare il loro figlio comune (*ibid.*, III).

LII. — Vi ha luogo a compenso allorchè venduto un dritto proprio del coniuge, n'è entrato il prezzo nella comunione. Ma se invece di entrarvi si dovesse tuttavia, sarebbe un credito proprio del coniuge per cui questi solo sopporterebbe l'insolvibilità del debitore (tranne che il credito non appartenesse alla moglie e per trascuranza del marito, amministratore dei beni di lei, andasse perduto). Ma tal condizione non deve intendersi giudaicamente; e non perchè il marito avrebbe donato il prezzo dell'alienazione della moglie o perchè ne delegò il prezzo ai creditori, non è compita la condizione: il prezzo deve ritenersi per entrato nella comunione appena il capo di essa ne ha disposto. Se poi spetta al coniuge alienante provare che il prezzo della alienazione sia entrato nella comunione, o se il versamento debba presumersi fino a che sia provato dall'altro coniuge il contrario, bisogna distinguere: se la moglie chiede il compenso, una tal presunzione si ammetterà fino a che il marito pruovi il contrario; se lo chiede il marito, dovrà necessariamente seguire il dritto comune, e provare che il prezzo sia stato posto nella comunione, e che non l'abbia impiegato per conto proprio (art. **1453** (**1418**), I e II).

La comunione deve il compenso solo per la somma che ha ricevuto come prezzo (accessorio o principale) della alienazione del coniuge, senza badar se la cosa valesse più o meno. Ma non bisogna, come fece uno scrittore, ingannarsi; e se non si deve aver riguardo alla differenza tra *il prezzo della vendita e il valore* della cosa venduta, bisogna per l'incontro star cauti per conoscere se *il prezzo indicato. nel contratto* sia o pur no *il vero prezzo della vendita*, che è il solo dovuto (art. **1436** (T), I).

LIII. — Siccome la comunione deve restituire a ciascun coniuge tutto quel che essa ha preso dai beni proprî di lui, così questi deve restituirle tutto quello che ha preso dai beni comuni per conto suo proprio. Se per esempio, egli ha tolto i danari della comunione, o per pagare un suo debito, o per acquistare delle servitù attive in favore dei suoi immobili, o per far cessare quelle passive, o per fare eseguire sovr'essi dei lavori (che non sieno i ripari

di manutenzione i quali sono a carico della comunione), o per qualunque altro affare suo proprio, egli dovrà il compenso alla comunione per il danaro somministratogli.

Diciamo che il coniuge deve il danaro da essa tolto, e non solo l'equivalente del vantaggio che ha potuto cavare dall'impiego, poichè, infatti, che importa al mutuante dell'impiego che il mutuatario faccia dei danari? Certo, se la comunione, non il coniuge, avesse fatto il negozio che si applica ai beni proprî di costui, se il marito, capo della comunione, avesse fatto qualche operazione sui beni della moglie, questa avrebbe ben ragione di dire non esser quello un affare che la riguardi, e non dovere ella compenso per cosa che non le abbia giovato; ma se quel negozio sia stato fatto dallo stesso coniuge; il quale si è dichiarato mutuatario dei danari comuni che ha tolto per suo conto, egli è, nè più nè meno, nell'obbligo di render la somma tolta in prestito (1437 (T), I e II).

LIV. — Del resto, il profitto o il danno che la comunione ha potuto ricavare dalle operazioni di un coniuge, non dàn mai luogo a compenso, se versino sul godimento che appartiene alla comunione sopra i beni del coniuge, e che sia stato accresciuto o scemato dalle modificazioni arrecate dal coniuge alla composizione del suo patrimonio.

Così, se il coniuge alieni un podere che dà pochissimo, o per una casa che produce il doppio, o per una rendita vitalizia che dia il doppio od anche il triplo, in questo ed in altri simili casi, la comunione, non ostante il vantaggio che il negozio del coniuge le ha procurato, non dovrà alcun compenso, poichè essa non ha preso altro che i frutti. Viceversa, se qualche danno sia venuto alla comunione da operazioni inverse, ella non potrebbe pretendere verun compenso, poichè ha preso tutti i frutti. Infatti, potendo la comunione goder solo del patrimonio del coniuge, tale quale, rimanendo a questi il *jus abutendi*, il pieno dritto di disporre e la facoltà di comporre il suo patrimonio come meglio gli piace, ne segue che la comunione, qualunque sia l'aumento del godimento, raccogliendo i soli frutti del patrimonio, ha esercitato il suo dritto e non deve restituire; come anche ella non potrebbe pretendere il benchè menomo compenso, per quanto fosse scemo il suo godimento, poichè prendendo tutti i frutti ha esercitato il suo dritto. Invano si direbbe che il godimento in fin dei conti si è accresciuto a spese del capitale, e che quindi la comunione non prende altro di meglio che i semplici frutti; poichè una tale idea, se giusta come fatto, sarebbe falsa come regola legale, riguardandosi dal Codice come semplici frutti i prodotti, anche quando assorbiscano il capitale intiero, dell'usufrutto o della rendita vitalizia (art. 1436 (T), II).

La comunione però, non obbligata mai a dar compenso per i frutti dei beni proprî, lo dovrà sempre per un capitale; ed essa non potrebbe pretendere che il capitale proprio entrato nella sua cassa nulla frutti al patrimonio del coniuge (*ib.*, III).

LV. — *Delle costituzioni di dote.* — Per le doti che si costituiscono ai figli, spesse volte è sorta la quistione di compenso.

Se un coniuge prende dai beni della comunione o da quei del consorte la dote per un suo figlio avuto da un primo matrimonio, egli senza dubbio dovrà il compenso. Ma spesso questo si deve anche per la dote costituita ad un figlio comune (articolo 1469 (T)).

Se tutti e due i coniugi abbiano costituita la dote al figlio comune senza dichiarare che vogliono gravarsene in parti disuguali, ciascun di essi è personalmente obbligato su'beni su cui è costituita la dote, in guisa che se la dote prendesi per intero o sui beni comuni, o su quelli di uno dei coniugi, devesi compenso, nel primo caso, alla comunione da ognuno dei coniugi in metà; nel secondo all'uno dei coniugi all'altro per la metà da questi dovuta. Se i coniugi dichiarano gravarsi della dote in parti ineguali, il debito è personale a ciascun di essi per la parte stabilita, in ragion di cui si dovrebbe il compenso nelle due ipotesi suddette. Non vi sarebbe com-

penso se ognuno dei costituenti prenda sui beni proprî la porzione a cui è obbligato (1438-1439, n. I (TT)). Quando il marito costituisce sui beni suoi proprî la dote, ha dotato per conto suo personale, nel qual caso niun compenso gli si deve; ma se la dote costituita sopra i suoi beni fosse tolta dai comuni, o da quelli della moglie, ei dovrebbe compenso. Se il marito ha dotato solo, ma su i beni comuni, stimasi avere agito qual capo della comunione e per conto di essa, e non deve compenso se la dote si è soddisfatta sui beni comuni; ma se presa sulla comunione, la moglie che accetta e partecipa a questa, ne pagherà la metà (*ibid.*, II).

Quando la moglie costituisce sola la dote, bisogna distinguere: se assente il marito essa l'ha costituita (autorizzata dal magistrato) sulla comunione, allora, tranne contraria dichiarazione, deve riputarsi avere agito invece del marito e per conto della comunione, e si applica quel che si è detto del caso in cui il marito dota solo sui beni comuni. Se invece la moglie dota presente e consenziente il marito, il quale lasciandola far da sè mentre poteva agire, mostra non volersi personalmente obbligare, va ella gravata della dote, dovendone il compenso se la si paga sui beni del marito o su quei della comunione (*ibid.*).

I coniugi che dotano unitamente, non possono stipulare come un tempo, che il figlio, in compenso della dote, non avrà la tale o tal parte della eredità del premoriente; posson bensì dichiarare che la dote sarà imputata per lo intiero su quella eredità. Viventi i coniugi, i quali restan sempre costituenti ognuno in metà, tal clausola non ha effetto; ma alla morte dell'un di essi, il solo premoriente ha costituito, ed il sopravvivente rimane estraneo alla promessa, in modo che se la dote è stata presa anche in parte o sui beni della comunione, o su quei del coniuge superstite, l'eredità del premoriente ne deve il compenso (*ibid.*, III).

§ 2. — *Effetti dell'accettazione.*

LVI. — L'accettazione conferma alla moglie la sua qualità di vivente in comunione, di comproprietaria dei beni, e le dà il dritto di togliere la sua parte dell' attivo della comunione, sottoponendola all' obbligo di sopportare anche la sua porzione nella contribuzione del passivo e nel pagamento dei creditori.

Come preliminare o primo atto della divisione, si debbono conferire i compensi dovuti alla comunione dai coniugi, ed esercitare le recupere che essi posson fare.

LVII. — *Collazioni.* — Ogni coniuge è obbligato alla collazione reale o fittizia di quanto deve alla massa comune. Vero che una scambievole liberazione per via di compenso, fino alla concorrenza tra quanto devesi alla comunione dal marito e dalla moglie, parrebbe più semplice della collazione e perciò da preferirsi. Ma un tal modo a causa del dritto che ha la moglie di agire pei suoi crediti sui beni del marito se non bastassero i comuni, recherebbe gran pregiudizio a questo; e se gli è naturale di procedere per compenso quando tal modo non reca alcuno inconveniente, pure la legge dovea adottare come principio l'obbligo della collazione e permettere si opponga il marito al compenso se possa nuocergli (1468 (T)).

LVIII. — *Ricupere.* — Sulla massa totale che abbraccia i beni comuni e i proprî dei coniugi, ognuno di essi ritoglie: 1° i beni suoi proprî in natura, quali comprendono gli acquistati in rimpiego degli alienati; 2° il prezzo non confuso nella cassa comune dei beni proprî alienati e non rimpiegati; 3° ei preleva lo ammontare di tutte le indennità che gli deve la comunione. Per le due prime specie di ricupere non havvi differenza tra marito e moglie, ma per quelle della terza vi è la doppia differenza, che la moglie le esercita pria del marito, e non bastando i beni comuni pagasi sui beni personali di lui.

Le indennità dovute dalla comunione

prelevansi per entrambi i coniugi: 1° sul contante di essa; 2° su i beni mobili, se il contante non basta; 3° finalmente, e bisognando, sugli immobili. Può ogni coniuge scegliere sugli immobili, come su i mobili i beni che gli aggradano; ciò non è per esso un semplice pagamento, nè ei fa acquisto; bensì un prelevamento che ei fa come condividente; togliendo la cosa non qual creditore, ma qual proprietario, per cui non deve dritto alcuno di mutazione.

Ma non per questo la moglie può sottrarre all'azione dei creditori i beni presi in tal modo; dappoichè non come proprio li toglie, ma colla qualità di vivente in comunione, di condividente dei beni di essa per cui restano pegno dei creditori di questa ultima. Che se la moglie non badando alla sua qualità di comproprietaria, pensa a quella di creditrice, non potrebbe perciò respingere gli altri creditori, nè vincerli colla ipoteca ch'ella ha sui beni del marito, e non su quelli che son tuttavia della comunione. D'altronde tal prelevamento in natura ed a titolo di comproprietaria è impossibile tostochè la moglie, non bastando i beni comuni, pretenderebbe i suoi compensi sui beni personali del marito (1470-1472 (TT)).

LIX. — Siccome con lo scioglimento si pon fine alla comunione, ed i beni rimangon privi di un capo da cui o contro cui può farsi una domanda d'interessi, la legge fa correre di pieno dritto e senza domanda, contando dallo scioglimento, l'interesse dei compensi che devono i coniugi alla comunione, o che essa lor deve (1473 (T)).

Non così del denaro che devesi in quel punto dall'uno dei coniugi all'altro, e che può chiedersi in quel tempo, e non durante la comunione. Son questi crediti ordinarî che producono interessi dal giorno della domanda, siccome permettono al coniuge creditore di prendere in natura i beni del coniuge debitore, tranne che questi ne acconsenta l' alienazione che darebbe luogo al dritto di mutazione. I dritti che posson sorgere da un coniuge sull' altro dopo lo scioglimento, come per esempio i soprappiù della divisione, son sottoposti ai principî ordinarî che producono o no interessi di pieno dritto, secondo che trovansi o no nell'un dei casi a cui la legge dà tale effetto 1478-1480 (TT)).

LX. — *Divisione dell' attivo.* — Fatte le collazioni e le ricupere, l' attivo comune dividesi in metà tra il marito e la moglie. Pure se l'uno dei condividenti ha alienato nascostamente oggetti della comunione, riman privo della sua metà di tali oggetti e dei dritti che la liberalità del suo coniuge gli darebbe sull'altra metà.

Tal privazione, pena del fatto, s'incorre dal condividente quando agisce con discernimento e non ostante la sua minore età. Ma se il coniuge che avea distornato un oggetto, lo conferisce spontaneamente, avanti che si sia scoverto il fatto, deve ammettersi con Pothier non esservi distornamento consumato, ma un semplice principio di occultamento, a cui non si può applicare la pena (1477 (T)).

Nella divisione della comunione applicansi le regole stabilite dalla legge per le forme e gli effetti della divisione delle successioni. Quanto alle forme, la divisione dovrebbe farsi giudiziaria se tra i condividenti vi fosser minori, interdetti o assenti. Per gli effetti, la divisione sarà veramente dichiarativa, ed ogni condividente stimato esclusivo proprietario dei beni spettati nella sua porzione, contando dal giorno in cui sono entrati nella comunione, perchè d'allora sono stati indivisi tra i due coniugi (1476 (T)).

LXI. — *Divisione del passivo.* — Il passivo della comunione che abbraccia, oltre a ciò da essa dovuto allo scioglimento, tutte le spese per gli atti che preparano, accompagnano o compiono la divisione, ha una doppia divisione che non bisogna per nulla confondere. Si applica l'una tra i coniugi e stabilisce quanto ognuno di essi deve contribuire diffinitivamente: riguardo agli altri creditori stabilisce la quota per cui ogni coniuge è tenuto verso di quelli, salvo il regresso contro l'altro.

I coniugi contribuiscono per tutti i debiti della comunione senza distinzione: o 1° giusta la convenzione che vorranno su ciò

stabilire; o 2° in mancanza di convenzione speciale, in metà per ciascuno; o 3° infine, se vi è beneficio, dalla moglie secondo lo emolumento che ella ha tolto dall'attivo, e dal marito per tutto il dippiù.

La moglie, per godere di tal beneficio, deve fare stendere, nei tre mesi dallo scioglimento, un fedele e regolare inventario, e dar conto sì dei beni in esso compresi, che di quelli i quali o per la loro natura o per dimenticanza, le sarebbero pervenuti fuori dell'inventario.

L'emolumento a seconda del quale sopportansi dalla moglie i debiti, abbraccia quanto in suo favore ha preso dalla comunione, ma non le somme o beni prelevati per soddisfo delle indennità ad essa dovute da quella (ciò essendo una ricupera del suo); e tali cose debbon essere apprezzate secondo lo stato in cui trovavansi ed il loro valore nel giorno della divisione. Quando, o per l'applicazione delle regole che indicheremo nel seguente numero, o per una ipoteca, l'uno dei coniugi ha pagato più di quel che dovea, può rivolgersi contro l'altro per tutto quel che ha pagato di più (**1482**, ecc. I-III (T)).

LXII. — Quanto all'azione dei creditori, bisogna dividere i debiti della comunione in molte specie. Per quei del marito si procede per tutto contro di lui, essendo ei sempre in faccia ai creditori il personale debitore, di poi per metà soltanto contro la moglie, perchè obbligata come vivente in comunione. E viceversa pei debiti della moglie si può procedere contro di lei pel tutto, e contro il marito per metà, come coniuge in comunione. Per quei contratti da entrambi in solido procedesi contro ognuno per l'intero.

Per quelli fatti congiuntamente, ma non in solido, si può procedere per tutto contro il marito (non ammettendosi aver egli fatto intervenire la moglie onde diminuire la sua obbligazione) e contro la moglie per metà; ma essa non è più obbligata come moglie in comunione, bensì personalmente. Per quelli in ultimo ai quali opponesi dalla moglie il beneficio d'inventario (cosa che ella può fare per quei a cui è obbligata come vivente in comunione) si procede contro di lei, non in metà ma a seconda il suo emolumento. e per tutto il dippiù contro il marito (**1484-1487** (TT)).

Infatti il beneficio dell'inventario con le condizioni sopra cennate, si può opporre dalla moglie tanto ai creditori che al marito, ma contro i primi per i debiti di cui ella è tenuta come vivente in comunione e non personalmente; e contro il marito per tutto il passivo della comunione, senza eccezione o distinzione alcuna. Benchè tal beneficio somigli a quello che compete all'erede in caso di successione, ne differisce però nelle condizioni che lo costituiscono (non richiedendosi, come nell'altro, una dichiarazione in cancelleria) come anche nei suoi effetti; poichè restano confusi i beni della comunione e quelli della moglie. Tutti questi beni fanno un solo patrimonio; da ciò la doppia conseguenza: 1° che la moglie a differenza dell'erede beneficiato, può alienare a suo piacere e senza formalità tutti i beni comuni pervenutile, sì mobili che immobili; 2° che essa non può mai far lo abbandono dei suoi beni ai creditori, come nè questi posson costringerla a farlo; potendo solo quest'ultimi, se l'estimo sembri lor poco, farne eseguire altro in cui interverranno (**1483**-III (T)).

Pagando il coniuge al debitore più di quel che dovea per la sua parte, presumesi aver egli voluto liberare il suo coniuge, e non ha quindi dritto alcuno a ripetere contro il creditore. Non così se la quitanza farebbe menzione essersi pagato il danaro dal coniuge per la porzione a cui era obbligato; il coniuge avrebbe allora dritto di rivolgersi contro il creditore (**1488** (T)).

LXIII. — Fra i debiti che possono esser pagati per intero dalla moglie e per metà dal marito, si devon comprendere, come insegnava Pothier, quelli contratti dalla moglie durante e prima del matrimonio; perchè gli uni e gli altri sono *debiti* della moglie.

E per tutti tai debiti può il *creditore*, quando tra il marito e la moglie si applica il beneficio d'inventario, dopo chiesto al marito (*proprio jure*) la metà a cui esso

è obbligato, chiedergli anche (*jure debitricis*) la parte dell'altra metà superiore all'emolumento della moglie nello attivo. La contraria dottrina del più degli scrittori è erronea; dappoichè i creditori posson domandare al marito solo la sua metà, agendo nel loro *nome personale*, e possono domandargli l'eccedente dell'emolumento della moglie, *agendo in nome di lei* (1485-1486 (TT), II).

§ 3. — *Effetti della rinunzia.*

LXIV. — La moglie rinunziando si rende estranea alla comunione. Non ha quindi dritto ai beni comuni, i quali diventano proprî esclusivi del marito. Soltanto, come di ragione, essa riprende: 1° i beni mobili o immobili che le son proprî, esistenti in natura; 2° il prezzo non ancor confuso nella cassa comune dei suoi beni proprî alienati; 3° in ultimo, le indennità che le si devono, cioè tutto quello che preleverebbe prima della divisione, se avesse accettato. — Ma non può, come nel caso di accettazione, pagarsi le sue indennità con appropriarsi in natura i beni della comunione; essendo semplice creditrice, ha solo dritto al pagamento in danaro, per il quale può procedere su tutti i beni del marito, e gl'interessi dei suoi crediti corrono, secondo il dritto comune, dal giorno della domanda. La legge per umanità e pubblico decoro, oltre a tali dritti, le permette di togliere le vesti e le biancherie di suo uso: *Non debet enim abire nuda.* Un tal favore l'è personale e non può esercitarsi dai terzi. Se la moglie muore dopo avere ripreso tali oggetti, rimangono questi agli eredi, perchè fan parte del patrimonio; se muore pria, non potranno essi pretenderli, perchè manca il motivo della ricupera (1492-1493-1495 (TTT)).

Per l'incontro la moglie che rinunzia non è gravata dei pesi della comunione; e se dovesse pagarne alcuni, non come vivente in comunione, ma come personalmente obbligata, avrebbe il regresso per l'intiero contro il marito (1494 (T)).

OSSERVAZIONE GENERALE.

LXV. — Adottandosi la comunione legale, uno dei coniugi può in alcuni casi procurarsi maggiori vantaggi in danno dell'altro. Tali vantaggi son posti dalla legge in una classe particolare, governata or dalle regole delle liberalità ordinarie, or da quelle degli atti a titolo oneroso. Se un coniuge che ha avvantaggiato l'altro del suo, lascia eredi i figli di un primo matrimonio, il vantaggio, come qualunque donazione, può ridursi a loro richiesta; nel caso contrario, quantunque il coniuge abbia per eredi ascendenti o anche figli del matrimonio, il vantaggio non può impugnarsi. Se l'eredità del coniuge è dunque accettata tanto dai figli del matrimonio, quanto da quelli del precedente, e questi ottengano la riduzione, i primi ne trarran profitto (perchè i beni, tostochè entrano nel patrimonio, debbono ugualmente dividersi), ma non possono intentare l'azione. Poco importa che la comunione, da cui nasce il vantaggio, derivi o da una espressa eccezione o dall'essersi i coniugi maritati senza contratto; o che il vantaggio risulti dallo stato del patrimonio dei coniugi al tempo del matrimonio, o solo dai beni o dai debiti che loro son poi pervenuti: in tutti i casi la regola è la medesima, benchè medesime le conseguenze. Ma è d'uopo notare che il vantaggio deve esser solo quello che direttamente deriva dalla confusione de'beni e dei debiti dei coniugi, non tenendosi alcun conto degl'interessi, delle rendite o del prodotto dell'industria dei coniugi (1496 (T)).

CAPITOLO SECONDO

DELLA COMUNIONE CONVENZIONALE.

LXVI. — I coniugi sono liberi del tutto (purchè rispettino la morale e l'ordine pubblico) di stipulare come loro aggrada il patto matrimoniale; posson dunque rigettare qualunque regola di comunione, e mettersi sotto una delle regole che analizzeremo nella *seconda parte*, o modificare la comunione legale per via di convenzione nei limiti sopraddetti.

Parlare delle infinite stipulazioni che può creare la fantasia dei contraenti, sarebbe impossibile; ma quelle messe in uso dalla pratica, e che si spiegano dal Codice seguendo l'antica dottrina, sono otto da ridursi a cinque specie, secondochè riguardino: 1° la restrizione della comunione ordinaria; 2° la sua estensione; 3° il pagamento diviso dei debiti dei coniugi; 4° il dritto della moglie di ritogliere quanto ha recato; 5° in ultimo la modificazione delle regole della divisione (artic. 1497-I (T)).

Pure fra queste non si trova una clausola semplice e in uso, di cui il Codice non parla per la sua semplicità: ed è l'obbligazione d'impiegarsi gl'immobili della moglie. Ne diremo qualche parola, e pria di esaminare i cinque oggetti sopra indicati, insisteremo sovra un altro punto di grande rilievo.

LXVII. — Si è visto come il reimpiego degli immobili della moglie, per come è regolato dalla legge, meramente facultativo per il marito, si effettui sotto due condizioni: 1° che il marito dichiari l'origine del danaro, e per qual fine l'immobile si acquisti; 2° che questo si accetti dalla moglie come proprio. La prima delle due condizioni è anche necessaria per il reimpiego obbligatorio o convenzionale (cioè quello che il marito deve recare in effetto per una clausola speciale del contratto). Ma si è discordi nel decidere se la *seconda* condizione sia parimente richiesta. Dicesi per il no che imponendosi al marito l'obbligo del reimpiego, gli si dà il mandato di acquistare per la moglie, la quale se ne rimette così alla scelta di lui. È questo un errore. La sola differenza tra il reimpiego legale ed il convenzionale si è, che la facoltà di comprare derivante dal primo, mutasi nel secondo in obbligazione; or poichè l'oggetto della facoltà si è di comprare un immobile che diverrà proprio della moglie, se a lei conviene, tale è pure l'oggetto della obbligazione. Il mandato di comprar per la moglie può ben darsi al marito; ma sarebbe necessaria una dichiarazione *ad hoc* (1497-II (T)).

Il secondo punto importante si è che i coniugi, benchè liberi, non possono dichiarare, come si è spesso preteso, inalienabili gl'immobili della moglie adottando la regola di comunione; ma solo sottomettendoli alla regola dotale. I coniugi adottando pel rimanente la comunione, possono ottenere l'inalienabilità degl'immobili, ma è forza adottino espressamente la regola dotale. La ragione n'è semplice: Il libero movimento de'beni, la loro alienabilità, è un principio d'ordine pubblico, a cui si può derogare nei casi e nelle condizioni formalmente previste dalla legge; ed è ben chiaro che l'inalienabilità dei beni del marito non potrebbe essere efficacemente stipulata.

Or non si potrebbe stipulare la inalienabilità degli immobili della moglie, tranne non si sia espressamente dichiarato di seguire la regola dotale come non si potrebbe in niun modo stipulare quella degli immobili del marito (*ibid.*, III).

SEZIONE PRIMA.

CLAUSOLE CHE RESTRINGONO LA COMUNIONE LEGALE.

LXVIII. — I coniugi possono, o stipulando una semplice comunione d'acquisti, o escludendo dalla loro comunione tutti o parte dei loro mobili, restringere la comunione ordinaria.

§ 1. — *Della comunione di acquisti.*

LXIX. — La comunione d'acquisti per la quale, checchè ne dicano gli scrittori, la legge non richiede alcuna particolare espressione, abbraccia nel suo attivo i guadagni provenienti durante il matrimonio dall'industria dei coniugi, ed i frutti o rendite dei loro beni percepite, o corse durante il matrimonio. Essa quindi lascia loro proprî: 1° tutti i beni mobili ed immobili che loro appartengono il giorno del matrimonio, per qualunque causa lor pervenuti; e 2° tutti quelli avuti durante il matrimonio ma non dalla loro industria.

Gli interessi, annualità o rendite corse al tempo del matrimonio son proprie del coniuge, quand'anche pagate con ritardo. I frutti pendenti dai rami o dalle radici appartengono alla società, ed essa li raccoglie diversamente dalla comunione legale coll'obbligo di compensare il coniuge del danaro pagato per sementi e coltura, dappoichè tal danaro se non si fosse pagato, sarebbe rimasto proprio del coniuge.

Il passivo abbraccia: 1° i debiti contratti per la società durante il matrimonio; 2° gli interessi o annualità dei debiti personali de' coniugi; 3° i pesi inerenti all'usufrutto dei beni di essi. Tutti i debiti che esistono nel giorno del matrimonio e quei delle successioni o donazioni mobiliari che pervengono durante il matrimonio sono personali ai coniugi (1498-I e II (T)).

LXX. — Qui, come sotto la comunione legale, ogni cosa si reputa comune fino a che non sia provato il contrario dal coniuge che la reclama come propria. Tal prova, semplicissima per gl' immobili, è pei mobili sottoposta a particolari regole. Se è un mobile recato dal coniuge maritandosi, la legge, senza far distinzione tra il marito e la moglie, ammette la sola prova dell'inventario, o di uno stato in buona forma. Ma pei mobili pervenuti durante il matrimonio, dovendo il marito far comprovare non solo quelli che pervengono a lui, ma anche quelli della moglie, e non potendosi questa chiamar responsabile della negligenza o della frode del primo, la legge obbligando il solo marito a far l'atto nella forma dovuta, permette che la moglie, ove quello manchi, pruovi con testimonî ed anche per pubblica voce la consistenza del mobile pervenutole. Gli eredi del marito o della moglie hanno gli stessi dritti del loro autore; ma quelli del marito potranno far la pruova per testimoni e per pubblica voce ove pretendano che in loro danno sia stato omesso l'inventario.

I beni proprî mobili dei coniugi si distinguono in perfetti ed imperfetti, come nella comunione legale; ed i mobili veramente proprî della moglie non possono alienarsi dal marito (articolo 1499-III e IV (T)).

LXX *bis*. — Se la comunione si riducesse agli acquisti immobili, il che si fa alle volte e legalmente, come lo riconosce la giurisprudenza, checchè ne dicano molti scrittori (non essendo tal clausola contraria ai costumi nè proibita da alcun testo), l'attivo abbraccerebbe soltanto quei guadagni indicati più sopra, che sarebbero immobilizzati, restando gli altri proprî al marito. Quanto al passivo, siccome i debiti contratti durante il matrimonio (che non riguardino gli immobili proprî dei coniugi) gravano sugli acquisti fatti durante lo stesso matrimonio, i beni mobili della comunione

che rimangono al marito, e gl' immobili che formano la società, sosterranno una parte de' debiti in proporzione al loro valore. A questa comunione tanto ristretta si applicano le regole dell'ordinaria, non incompatibili con essa, e specialmente la regola del retratto d'indivisione di cui si è parlato nel numero XXII. Ma se il retratto dà una cosa propria al marito, non sarà dovuto alcun compenso, perchè suo il danaro con cui si è fatto l'acquisto; se alla moglie, dovrà essa il compenso come nella comunione ordinaria (*ibid.*, V).

§ 2. — *Della esclusione in tutto o in parte dei mobili.*

LXXI. — Il coniuge può escludere dalla comunione tutti o una porzione dei suoi mobili presenti, o futuri, o presenti e futuri in quattro modi diversi : 1° dichiarando escludere l'intiero, o la tal parte dei suoi mobili; 2° dichiarando invece voler mettere la tal porzione in comunione (ciò che ne esclude virtualmente il resto) ; 3° dichiarando che la tal porzione dei mobili, o una data somma che prenderà da essi, servirà ad acquistare immobili che gli saran propri (nel qual caso la stipulazione si chiamerà *clausola d'impiego*); 4° infine mettendo i suoi mobili in comunione fino alla concorrenza della tal somma (il che ne esclude il dippiù).

Si dà spesso a tale esclusione dei mobili il nome generico *d'immobilizzazione o di esclusione* (*realisation*), perchè pareggia ad immobili e realizza in vantaggio del coniuge, riserbandoglieli propri, tutti, od una parte dei suoi beni mobiliari. Ma la parola *esclusione* si usa anche in più ristretto ed esatto senso per i tre primi dei quattro casi sopraddetti, ed in opposizione all'ultima stipulazione, che ha il particolar nome *di clausola di ciò che si è recato.* Bisogna far distinzione tra coteste clausole (articolo 1500 (T), I).

LXXII. — *Clausola di esclusione.* — Allorchè un coniuge si rilascia in proprio tutti i suoi mobili o una parte di essi, o escludendoli direttamente dalla comunione, o indirettamente la tal porzione, mettendo l'altra in comunione, o infine con una clausola d'impiego, la riserva abbracciando tutti o una parte de' mobili, obbliga il coniuge a sostenere in proporzione i suoi debiti mobiliari. In fatti il Codice, ponendo fine alla controversia degli antichi scrittori, sanziona con varie disposizioni il principio dell'antico dritto francese, riprodotto da Pothier, che i debiti mobiliari gravano sempre sull' attivo mobiliare. Il coniuge adunque escludendo tutti i suoi mobili presenti, si grava di tutti i suoi debiti presenti; escludendo quei che gli perverranno per successioni o donazioni, sopporta i debiti di queste ; riserbandosi una quota degli uni o degli altri, sostiene una parte in proporzione dei debiti. Riserbandosi uno o più mobili determinati, egli non sosterrebbe alcun debito, o li pagherebbe tutti se uno o più determinati mobili avesse posto in comunione : *Quia non certarum rerum aes alienum onus est.*

La clausola d'impiego produce per sè stessa la esclusione, e pria cha si effettui l'impiego.

È stato sempre così, ed a ragione, poichè dalla comunione sono escluse le cose che si sono riservate, onde acquistarsi degl'immobili al coniuge.

Inoltre, derogando la clausola di esclusione al dritto comune, dovrà sempre interpretarsi in senso ristretto, e se molti sensi offrisse, dovremmo attenerci a quello che allontanasi meno dalle regole della comunione legale (1500 (T), II, III e IV).

LXXIII. — *Clausola di ciò che si è recato.* — La clausola con cui un coniuge mette in comunione il suo mobile fino alla concorrenza di una determinata somma differisce dalle tre di cui abbiamo parlato, dappoichè o non ne sorge esclusione, o non una vera e propriamente detta. Da un lato infatti, escludonsi solo dalla comunione quei mobili del coniuge che oltrepassino la somma da lui promessa; ma può ben darsi che i mobili non siano più della somma, nè pari

ad essa. D'altro lato il dippiù, se ve ne è, non appartiene al coniuge, bensì alla comunione, la quale è sola debitrice del valore di esso. In tal caso il coniuge ha rilasciato il mobile per soddisfare il debito contratto; vi è dazione in pagamento; la comunione acquista la proprietà di tutti i mobili, e per essa il loro prezzo si accresce o si assottiglia.

Il coniuge, essendosi costituito con quel che ha conferito debitore dell'indicata somma, deve provare allo scioglimento che l'ha pagata per intero col mobile pervenutogli. La pruova della consistenza del mobile è sottoposta a varie regole, secondo che il mobile si è arrecato al tempo del matrimonio, o è pervenuto dopo. Per quest'ultimo (che il Codice fa entrare pure in conto pel pagamento della somma promessa), si fa la pruova secondo la regola indicata per la comunione d'acquisti, cioè che il marito possa provare con l'inventario o con uno stato in buona forma, e la moglie, in mancanza dello stato, anche con testimoni, ovvero per pubblica voce. Per il mobile recato nel dì del matrimonio la legge non è così esigente: per ciò che la moglie ha recato, basta la quitanza data dal marito, o nel contratto o in un atto posteriore, alla moglie o a quei che l'han dotata; potendosi anche stipulare nel contratto che il fatto stesso del matrimonio valga quitanza: per ciò che ha recato il marito, basta la semplice dichiarazione che egli fa nel contratto.

Il coniuge deve rispondere in faccia alla comunione dei mobili che le dà in pagamento, e non si conterebbero a scarico di lui quelli che le sarebbero stati tolti. I crediti debbono inoltre pagarsi alla comunione: ma si presumerà che quei della moglie siano stati pagati, o che nol siano stati per colpa del marito, fino a che questi non giustificherà di aver proceduto in tempo utile ma senza alcun prò.

I debiti che gravano i mobili del coniuge e che la comunione avrebbe pagato, debbono dedursi dal valore imputabile dei mobili del coniuge, il quale deve apprezzarsi secondo lo stato delle cose nel giorno in cui la comunione li ha ricevuto (1501-1504 (TT)).

SEZIONE II.

DELLE CLAUSOLE CHE ESTENDONO LA COMUNIONE LEGALE.

LXXIV. — I coniugi posson restringere la comunione legale, come ampliarla; escluderne tutti o parte dei loro mobili, che per dritto comune vi entrerebbero, e mettervi una porzione o tutti i loro immobili, che per principio ne sono esclusi. Qualunque clausola che ha ciò per oggetto, chiamasi clausola di *mobilizzazione*.

Ma non deve prendersi letteralmente cotesta parola. Significa essa non che gl'immobili, oggetto della clausola, saranno tenuti mobili ed entreranno nella comunione con tal qualità fittizia, ma che essi si assomiglieranno ai mobili perchè entreranno nella comunione. I beni mobilizzati adunque non si pareggiano ai mobili, ma agli immobili della comunione.

La mobilizzazione è generale o particolare: generale se riguarda tutti gli immobili presenti o futuri, o presenti e futuri o una parte di essi; particolare se si applica ad uno o a molti immobili particolarmente indicati; e siccome non è mestieri che la indicazione fosse individuale, la mobilizzazione degli immobili del tal cantone, della tal comune, di quel dipartimento sarebbe particolare (1505 (T), I).

LXXV. — Altra distinzione di molta importanza è quella delle mobilizzazioni determinate e indeterminate. Il Codice ne porge due definizioni che contraddiconsi a vicenda; ma siccome la seconda è conforme all'idea di Pothier e consiste in *cose*, e la prima ne è contraria e consiste in *parole* per manco di riflessione, non vi è da esitare fra le due. La mobilizzazione determinata, o meglio chiamata perfetta, ossia la mobilizzazione vera, è quella

che mette l'immobile o gl'immobili puramente e semplicemente nella comunione. La indeterminata o imperfetta ve li pone fino alla concorrenza di una determinata somma (1506-1509 (TT), n. I, IV).

Sia particolare o generale la mobilizzazione, essa rende proprietaria degl'immobili la comunione, o d'una quota, ed il capo di essa può alienarli come gli immobili comuni. La mobilizzazione indeterminata dà alla comunione un dritto di credito di particolar natura. Il dritto della comunione non riguarda la somma fino alla cui concorrenza sono mobilizzati gli immobili, bensì gli stessi immobili fino alla concorrenza di tal somma; da ciò deriva che se il loro valore fosse minore, la comunione sarebbe pur sempre astretta a contentarsi degli immobili, e benchè non proprietaria è autorizzata ad ipotecarli fino a quella determinata somma. Le regole son comuni alla mobilizzazione determinata ed alla indeterminata. L'una è la facoltà per cui il coniuge il quale fa la mobilizzazione può, dividendosi la comunione, trattenersi i beni mobilizzati per quanto valgono in quel punto. L'altra è il debito di garanzia che trae ogni particolare mobilizzazione: non essendo questa una liberalità, deve indennizzarsi la comunione se le vien tolto un immobile che le fosse stato specialmente rilasciato. La mobilizzazione generale non dà luogo a garanzia, poichè quei che rilascia tutti i beni li trasmette tali quali (*ibid.*, V e VI).

LXXVI. — Allorchè i due coniugi consentono alla mobilizzazione perfetta e generale, sia degli immobili presenti, sia dei futuri, o dei presenti e futuri, tale scambievole stipulazione stabilisce tra loro una comunione universale la quale, posta per la sua importanza in una sezione divisa, è quindi un caso di mobilizzazione. D'altronde, anche nel caso in cui tale scambievole mobilizzazione si stipulasse per tutti gl'immobili presenti e futuri (in tal modo sarebbero comuni tutti i debiti presenti e futuri), potrebbe la comunione non essere rigorosamente universale se si dessero al coniuge alcuni beni a condizione di rimanergli proprî; con ciò si escluderebbero dalla comunione i beni e i debiti correlativi.

Ogni clausola di mobilizzazione deve, per eccezione al dritto comune della comunione, interpretarsi rigorosamente e limitatamente; così quella con cui i coniugi dichiarassero senz'altro di voler mettere in comunione tutti i loro immobili, intenderebbesi solo per i presenti (1526 1505 (TT), II, III).

SEZIONE III.

DELLA SEPARAZIONE DEI DEBITI.

LXXVII. — Bisogna distinguere: 1. la separazione di debiti perfetta e propriamente detta, e 2° quella che imperfettamente deriva dalla clausola di franco e libero.

1. *Della separazione propriamente detta dei debiti.* — L'esclusione dalla comunione dei debiti che vi entrerebbero per dritto comune, la quale può aver luogo o per uno dei coniugi o per entrambi, si stabilisce espressamente o virtualmente; espressamente, quando dicesi nel contratto che uno o ciascuno dei coniugi pagherà solo i suoi debiti; virtualmente, quando uno o ciascuno di essi si lascia in proprio tutti i suoi mobili, o non recandone punto, o soltanto una determinata somma, ovvero oggetti particolari. Si applica allora il noto principio: *universi patrimonii non certarum rerum, aes alienum onus est.* Siccome la clausola di esclusione dei debiti, al pari delle altre del nostro capitolo, deve intendersi limitatamente, quella che indicasse senz'altro *i debiti o tutt' i debiti*, si applicherebbe a quelli anteriori al matrimonio. Per debiti anteriori al matrimonio intendonsi tutti quelli soltanto nati da un fatto precedente al matrimonio. Vi si comprenderebbe dun-

que l' ammenda a cui un coniuge fosse condannato durante il matrimonio per un delitto commesso pria, poichè da questo ha causa l'ammenda. Non vi si comprenderebbero i debiti di una successione (mobiliare) apertasi pria della celebrazione, ed accettata dopo, dappoichè il coniuge accettando si rende obbligato ai debiti ereditarî. Considerando *in dritto* gli effetti dell'accettazione, è d' uopo dire che essi retroagiscono al giorno dell' apertura della successione; ma qui si esamina una quistione d' interpetrazione, d'intenzione, *di fatto*; or in fatto, e nel pensiero del coniuge, la sola accettazione lo grava dei debiti della successione, siccome fa acquistargli l' attivo. L' esclusione abbraccia di pieno dritto col capitale dei debiti i loro interessi corsi pria del matrimonio; non potrebbero escludersi quelli da correre, se non con una speciale dichiarazione del contratto (**1510-1512** (TT), n. I e II).

LXXVIII. — L' effetto della separazione dei debiti, semplicissimo tra coniugi, richiede maggiori osservazioni per rispetto ai loro creditori. Quanto ai coniugi, i debiti esclusi dalla comunione saranno da questa soddisfatti; ma il coniuge che li deve è tenuto al compenso al tempo dello scioglimento. Il coniuge che pretende compenso dall'altro per tal causa, deve provare che un debito di lui anteriore al matrimonio sia stato estinto col pagamento durante la comunione; ciò posto si presumerà, finchè non si provi il contrario, essersi fatto il pagamento col denaro comune.

In faccia ai creditori, l'effetto della separazione è sottoposto alla condizione che il mobile entrato nella comunione per parte del loro debitore si è comprovato con lo inventario, o con lo stato autentico. Se non si è posto nell'inventario il mobile recato dal coniuge maritandosi, o quello pervenutogli dopo, i creditori non possono esser certi se i valori che lor si danno siano tutto il mobile del coniuge, per cui essendo come non avvenuta per essi la separazione dei debiti, non possono quindi agire su tutti i beni comuni. Se invece si è comprovato debitamente il mobile che il coniuge debitore avea nel maritarsi, e quello che gli è venuto dopo, i creditori potranno esser pagati sui mobili provenienti dal debitore e sui beni suoi proprî, come se ei non avesse contratto matrimonio.

Cotesta regola è comune ad entrambi i coniugi, benchè il più degli antichi scrittori, e particolarmente Pothier, l'applicavano soltanto alla moglie, insegnando che qualunque clausola di esclusione di debiti del marito sia inefficace in faccia ai creditori, perchè egli ha un dritto assoluto di disporre dei beni della comunione. Ma questo è un errore, dappoichè se il marito, per dritto comune, può disporre della comunione, e specialmente per pagare i suoi debiti anteriori al matrimonio, egli più nol può quando con una clausola si è dichiarato di adottare la comunione, purchè i debiti del marito anteriori al matrimonio non si paghino da essa. Come potrebbe mettersi in non cale cotesta stipulazione della moglie? Come costei che può non mettere i suoi mobili in comunione, non potrebbe metterveli garantendoli dai creditori del marito? Il Codice adunque torna ai veri principî di dritto e di equità applicando ai creditori *dell'uno e dell'altro coniuge* quanto Pothier diceva dei soli creditori *della moglie (ibid.*, III e IV).

LXXIX. — *Clausola di franco e libera.* — Chiamasi in tal modo la clausola con cui si dichiara uno dei coniugi franco e libero di tutti i debiti. Questa dichiarazione che facevasi altra volta dai terzi garanti della franchezza del coniuge, non obbligando in nulla costui, può farsi oggi o da terzi, o dal coniuge stesso; e quand' anche questi non parli, ma permette si faccia, è sempre il principale obbligato; solo ove non bastino i suoi beni, il coniuge si rivolgerà contro i garanti.

La clausola di franco e libero, anche allora che più si avvicina alla vera separazione di debiti, ne differisce sempre sotto due rapporti, i quali dànno al coniuge l'uno maggiore, l'altro minor vantaggio della prima clausola. Il coniuge dichiarato libero, e di cui la comunione paga i debiti anteriori al matrimonio, deve compenso non

solo del capitale del debito e dei suoi interessi anteriori al matrimonio, ma di tutta la somma pagata insieme cogli interessi dal giorno del pagamento sino allo scioglimento. È d'uopo infatti che il coniuge sia nella condizione in cui sarebbe se il coniuge dichiarato falsamente franco non avesse avuto debiti, ma la clausola di franco e libero non toglie ai creditori del coniuge di agire su tutti i beni comuni (art. 1513 (T), I).

LXXX. — Abbiamo detto che dichiarato falsamente libero un coniuge, l'altro deve ritenersi come se il primo non avesse avuto debiti. Un tal punto, già controverso in quanto allo scemamento della parte della comunione che prende il coniuge, non può essere oggi dubbio, poichè il Codice senza distinguere qual si fosse il danno sofferto, dichiara in modo assoluto doversi l'indennità solo quando la comunione paghi i debiti del coniuge dichiarato libero (*ibid.*, II).

Il coniuge è tenuto a provare che i debiti pagati dalla comunione per il coniuge dichiarato libero erano anteriori al matrimonio; ma è giusto che ciò anche provi contro i garanti con la semplice pruova testimoniale o con atti senza data certa sottoscritti dal coniuge. I garanti possono solo provare che l'atto ha una data precedente posteriore al matrimonio.

Del resto, l'azione può solo intentarsi o dalla moglie contro il marito o contro i garanti, o dal marito contro la moglie dopo lo scioglimento della comunione; il marito però è autorizzato ad agire contro quei che han dichiarato la moglie libera durante la comunione. È questa la sola eccezione; e gli stessi garanti, dopo aver pagato per la moglie l'indennità da essa dovuta, potrebbero rivolgersi contro di lei allo scioglimento della comunione (*ibid.*, III).

SEZIONE IV.

DEL DRITTO CHE HA LA MOGLIE DI RIPRENDERE CIÒ CHE HA RECATO.

LXXXI. — La moglie può riserbarsi il dritto di riprendere, rinunziando alla comunione, tutti o una parte dei beni mobili da lei recati. Secondo il principio più volte indicato, la clausola deve interpretarsi limitatamente. Quanto alle cose che formano l'oggetto del dritto, se la moglie ha detto senz'altro poter riprendere tutto *ciò che ha recato o tutti i beni da lei messi in comunione*, si intenderanno i beni entrati nella comunione al tempo del matrimonio. Vi si possono comprendere quelli pervenuti durante il matrimonio, se il contratto indichi: *tutti i beni che* SARANNO *entrati per parte della moglie*.

Quanto alle persone, il dritto apparterrà a coloro soltanto che vi saran chiamati dal contratto. In tal modo la facoltà stipulata per la moglie non apparterrebbe ai suoi figli; stipulata per essa e pei suoi figli non apparterrebbe ai suoi eredi ascendenti; stipulata pei suoi figli ed ascendenti non andrebbe agli eredi collaterali; stipulata finalmente per tutti gli eredi non si estenderebbe ai successori irregolari nè ai testamentari. — Se la clausola si fosse distesa in modo impersonale dicendo che « *si potrà fare la ricupera di tali beni* », potendo allora intendersi in due sensi, ed essendo il più largo dubbio, e l'altro certo, bisogna attenersi al ristretto ed accordare il dritto solo alla moglie. Ma se la clausola chiami i collaterali, vi si comprenderanno gli ascendenti e i discendenti; questi saranno compresi in quella che chiama gli ascendenti; infine chiamandosi i figli vi si intenderanno tutti i discendenti di qualunque grado, ed i figli di ogni qualità. Se la moglie lasci insieme un erede chiamato ad esercitar la ricupera, ed un legatario universale non chiamato, il dritto si aprirebbe o no secondo che l'erede fosse o no legittimatario.

Ma il dritto che non può aprirsi per le persone non chiamate dal contratto, può bensì da loro esercitarsi potendo bene trasmettersi, come qualunque altro dritto, agli aventi-causa di colui in prò del quale

si è aperto (articolo 1514 (T), I e II).

LXXXII. — Esercitandosi tal dritto colla rinunzia della moglie o dei suoi aventi-causa, costituisce un credito contro il marito; da ciò deriva, da un lato, che i beni non potrebbero richiedersi in natura, e dall'altro, che gl'interessi, secondo il dritto comune, devonsi dal dì della domanda.

La ricupera può del resto esercitarsi, deducendo in proporzione i debiti della moglie entrati nella comunione; in modo che questi andranno a peso di lei, e dei suoi rappresentanti, per intero, se si ricuperino tutti i mobili recati, e per una parte, se solo una parte si ricuperi. Cotesto obbligo di pagare i debiti cessa, se si voglia ricuperare una determinata somma, od uno o più oggetti determinati (*ibid.*, III).

SEZIONE V.

CLAUSOLE CHE MODIFICANO LA DIVISIONE IN METÀ.

LXXXIII.. — La regola della divisione della comunione in due eguali porzioni può modificarsi in quattro modi.

Si può convenire: 1° che pria di far la divisione in parti uguali, l'uno dei coniugi avrà dritto ad una precapienza; 2° che si farà la divisione in porzioni disuguali; 3° che una delle parti prenderà una somma stabilita per tutti i dritti di comunione, il che costituisce un contratto eventuale; 4° infine, che l'intiera comunione si attribuirà eventualmente al tal coniuge.

1. Della precapienza convenzionale.

LXXXIV. — La precapienza o prelevamento che si fa pria della divisione, può avere per oggetto o una somma determinata, o beni (mobili o immobili, o questi e quelli) in natura, o danaro e beni in natura, o beni o danaro a scelta di chi ha il beneficio. — L'assegnamento dei beni può farsi o con indicare le cose determinate, o fino alla concorrenza di una somma di..., o per la tal parte della comunione, o per tutte le cose di una data specie; ed in quest'ultimo caso, come negli altri, l'effetto della clausola non potrebbe impugnarsi sotto il pretesto del molto valore dei beni assegnati in tal modo.

La precapienza può stipularsi, o se la comunione si scioglie per la morte d'uno dei coniugi, o per una causa qualunque; e in ambi i casi può stipularsi o solo per un coniuge, o per esso e suoi eredi. Potrà dirsi che la precapienza spetterà: o 1° al coniuge superstite, qualunque esso sia; o 2° al tal coniuge, se sopravvive; o 3° al coniuge assolutamente, sopravviva o premuoia, cioè al coniuge ed ai suoi eredi, ma sempre quando esso o l'altro coniuge muoia; o 4° al tal coniuge, sciogliendosi la comunione per qualunque causa; o 5° finalmente al tal coniuge e ai suoi eredi nel medesimo caso (1515 (T), I e II).

LXXXV. — Se stipulandosi la precapienza per la morte di uno dei coniugi, la comunione si scioglie per la separazione di persona e di beni, o di beni soltanto, la precapienza non si potrà esercitare, almeno per allora, e la comunione dividesi in metà. Se avviene una separazione di persona, e la precapienza è stata stipulata, non per il coniuge superstite, qualunque esso sia, ma per il tal coniuge, se sopravvive, ed appunto contr'esso si pronunzia la separazione, egli perderà il suo vantaggio, e la divisione si farà in metà. Se invece la separazione si pronunzî contro l'altro coniuge, o se si stipuli la precapienza per il superstite, qualunque esso sia, o se si pronunzî solo una separazione di beni, vi potrà esser precapienza; il coniuge chiamato, o ciascuno di essi secondo i casi, riterrà i suoi dritti eventuali; ed alla morte d'uno di essi, secondo che si apra o pur no il dritto della precapienza, si potrà riprendere la metà di essa in prò del precapiente sul patrimonio del suo con-

iuge, o si farà diffinitivamente la divisione in metà.

Se la precapienza si stipula per qualunque causa si sciolga la comunione, i dritti si regoleranno tosto diffinitivamente, sia che la comunione si sciolga per la separazione di persona o di beni, o per la morte (1518 (T), II, IV).

In tutta questa materia, per morte intendiamo la civile e la naturale; la premorienza, quando ne dipende la precapienza, deve sempre essere provata, senza invocarsi le presunzioni della sopravvivenza stabilita dalla legge per le successioni (articolo 1517 (T)).

LXXXVI. — Essendo la precapienza un prelevamento che si fa pria della divisione sulle cose da dividere, e per la rinunzia della moglie non avverandosi divisione, può darsi solo precapienza quando la moglie accetti la comunione. Ma la moglie può stipulare il dritto di prendere o danari, o beni in natura, sì rinunziando che accettando: il qual dritto dal Codice chiamasi anche impropriamente precapienza. Questa differisce dalla prima; e nel mentre la vera precapienza può esercitarsi su' beni comuni, in modo che sarà in parte soddisfatta se non basti la comunione, e non avrà effetto se non vi sien beni comuni, l'altra costituisce un credito che, sia che la moglie accetti e rinunzi, potrà sempre ripetersi sul patrimonio del marito. E se sciogliendosi la comunione per la separazione di persona o di beni, la moglie che ha in tal modo stipulata la precapienza per il caso che sopravviva anche rinunziando, rinunzia infatti, e tutti i beni su cui s'ebbe il dritto eventuale passano al marito, allora potrebbe essa richiedere ciò che in altri casi non potrebbe, una cauzione per la garanzia di tal dritto (art. 1515-III, 1518-III (TT)).

Diciamo da ultimo che la precapienza da un lato non è un vantaggio da potersi ridurre sulla istanza degli eredi legittimari, e d'altro lato, che non può invocarsi contro i creditori della comunione, i quali possono far pignorare e vendere i beni. Bensì il coniuge precapiente potrebbe rivolgersi pel valore della sua precapienza, se ordinaria, sugli altri beni comuni, o su' beni personali del marito se stipulata dalla moglie anche nel caso di rinunzia (artic. 1516, 1519 (TT)).

2. Dell'assegnamento di parti disuguali.

LXXXVII. — I coniugi, anzichè colla precapienza, possono stabilire la disuguaglianza dei lucri con una convenzione diretta di parti ineguali, dicendo che l'attivo sociale sarà diviso da un lato in due terzi, tre quarti, ecc... e dall'altro in un terzo, un quarto, ecc.

Può farsi la stipulazione, o solo per la morte di un coniuge, o per ogni divisione della comunione, puramente e senza condizione, o con una o più condizioni: a mò di esempio, se il tal coniuge sopravvive e non ha figli del matrimonio, in vantaggio o in danno di un coniuge, o di lui o dei suoi eredi.

In tutti i casi l'ineguaglianza delle parti nell'attivo importa senz'altro la ineguaglianza in proporzione nel passivo: e qualunque convenzione con cui si dividessero i beni e i debiti sopra basi diverse, sarebbe nulla non solo per quel che riguarda il passivo, ma per l'intero, e lascerebbe le parti sotto la regola comune della divisione in metà (1521 (T)).

3. Del contratto eventuale di comunione.

LXXXVIII. — Il contratto eventuale, cioè la clausola che dà ad un coniuge una determinata somma per tutti i dritti di comunione, lasciando all'altro tutto l'attivo ed il passivo, può stipularsi puramente e semplicemente, o con una o più condizioni, per l'uno dei coniugi indistintamente o particolarmente per il tal coniuge, per un coniuge solo o per esso e suoi eredi o per gli eredi soltanto, per la morte sola di

n coniuge, o per ogni scioglimento di comunione. Se il contratto eventuale applicasi l marito (o ai suoi eredi), questi è tenuto, ualunque siasi lo stato della comunione, pagare la somma stabilita nel contratto, sopportare i debiti della comunione. Non può agirsi contro la moglie come vivente n comunione; e se ella paga debiti della comunione, perchè personalmente obbligata, avrà il regresso per l'intero.

Se il contratto eventuale si stipula per la moglie (o suoi eredi), questa che può sempre rinunziare alla comunione, ed a cui non si può toglier mai tal dritto, ha la scelta, o d' eseguire il contratto eventuale o di rinunziare l'attivo ed il passivo, come se vi fosse comunione legale. Ma se anche in tal caso ha ella la facoltà di rinunziare, perchè non mai le può essere ritolta, ella non può del pari non esser tenuta ai debiti fino alla concorrenza del suo emolumento colla condizione d'un inventario. La legge, lasciandole il primo beneficio, non parla dell' altro, che può essa abbandonare, accettando il contratto eventuale (1524 (T)).

4. Dello assegnamento eventuale di tutta la comunione ad uno dei coniugi.

LXXXIX. — Questa clausola, diversa *dalle* altre, non è mai pura e semplice; ma sempre eventuale e soggetta ad una qualunque condizione. È condizionale l'assegnamento, perchè fatto o al superstite dei coniugi, o al tale di essi superstite, dipendendo il beneficio dalla condizione *se sopravviva* (1).

L' assegnamento dell' intera comunione ad un coniuge dà per se stesso, tranne non si stipuli il contrario, agli eredi dell'altro il dritto di ritogliere tutti i beni entrati nella comunione da parte di questi, sia che li abbia apportato durante il matrimonio, o che gli siano dopo pervenuti per successioni o donazioni; e siccome il primo prende i beni della comunione dedotti quelli provenienti dall'altro coniuge, così egli paga i debiti corrispondenti ai beni ritolti. Ma havvi ancora gran differenza tra il marito e la moglie; quando il marito prende così l'attivo e il passivo della comunione, ei non può ricusarli, benchè sia in cattivo stato il fondo sociale; la moglie invece è sempre libera, rinunziando, di rimanersi estranea ai debiti come ai beni.

Benchè vantaggioso possa essere per chi gode il beneficio l'assegnamento dell'intera comunione, é esso ritenuto, pari alle clausole precedenti, una convenzione tra soci, e non costituisce legalmente una donazione che potrebbe farsi ridurre dai legittimari ordinari. Ma tale assegnamento può ben stipularsi anche con una vera donazione che fa il coniuge della sua metà, essendo, come tale, soggetta alle ordinarie sue conseguenze.

Per quanto sia esteso l'effetto della nostra clausola, possono i coniugi limitarlo od estenderlo. Eglino posson dire che il sopravvivente prenderà tutta la comunione compresivi i beni del premoriente; ma allora è una liberalità che dee ridursi secondo le leggi ordinarie, non essendo più in quei termini in cui la legge nega alle stipulazioni il carattere di donazione (art. 1525 (T)).

OSSERVAZIONE GENERALE

XC. — In fine del cap. 1° abbiam visto che i vantaggi i quali l'uno dei coniugi dà all' altro, stabilendo la comunione legale, non possono ridursi per tutti gli eredi legittimari del coniuge, bensì pei suoi figli nati da un precedente matrimonio. Lo stes-

(1) Ciò non importa che un assegnamento fatto senza condizione non sarebbe valido, ma presenterebbe l'esclusione della comunione e non uno dei casi di comunione convenzionale, di cui noi ci occupiamo.

so è per le stipulazioni che costituiscono una comunione convenzionale, alle quali bisogna applicare le regole indicate nel numero LXV.

Ricordiamo da ultimo, che se le varie stipulazioni, di cui si è fatta l'analisi in questo capitolo, sono le sole che d'ordinario si fanno, i coniugi son liberi di farne altre che modifichino la comunione legale come lor piacerà meglio; ma reggerà sempre il dritto comune in tutto ciò che non è stato modificato dalle parti (1527-1528 (TT)).

FINE DELLA PRIMA PARTE DEL TERZO VOLUME

SOMMARIO

DELLE MATERIE

SPIEGATE NELLA PRIMA PARTE DEL TERZO VOLUME

FINE DEL SOMMARIO

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

VOLUME III, PARTE II.

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

TITOLO V.

Del contratto di matrimonio e dei dritti rispettivi dei coniugi.

CAPITOLO SECONDO

SEZIONE IX.

DELLE CONVENZIONI CHE ESCLUDONO LA COMUNIONE.

— Abbiamo studiato nella prima parte uesto volume la regola della comunione le o convenzionale; darem fine ora alle re osservazioni sull'importante materia *Contratto di matrimonio*, svolgendo re regole che escludono la comunione, : 1° quella di semplice esclusione di unione; 2° quella di separazione di be- 3° la regola dotale.

.—Sebbene nell'ordine logico il nostro o avrebbe dovuto abbracciare queste tre le in unica divisione, opposta a quella tratta delle clausole di comunione, il ice per l' incontro presenta le prime ie accessorie della regola di comunione, ndone l'oggetto della sez. IX ed ultima capitolo ad essa consacrato, e tratta poi a regola dotale in un capitolo separato; è questa dunque la sua divisione: 1° *Regola di comunione* (la quale abbraccia l'esclusione di comunione e la separazione di beni); 2° *Regola dotale*.

Cotesto ordine, che noi tralasceremo nel nostro *Sunto*, ma che crediamo dover seguire nel *Commentario*, trova la sua giustificazione nella storia; poichè i compilatori dovettero trovare ben naturale di riprodurre in un medesimo capitolo tutte le regole che componevano prima una sola legislazione. Prima del Codice la Francia era divisa in due parti: 1° paesi consuetudinarì e *di comunione* (nei quali soltanto potea parlarsi di esclusione di comunione e di separazione di beni); 2° paesi di dritto scritto e di *regola dotale*: fu questa l'origine dei nostri due capitoli (1).

(1) *Vedi* le *Osservazioni preliminari* di questo titolo, nella prima parte.

III. — La nostra sezione, indicati in un primo articolo le due regole di esclusione semplice di comunione e di separazione di beni, passa poi a trattarne successivamente in due distinti paragrafi.

1529 (T). — Allorchè gli sposi non sottomettendosi al regime dotale, dichiarano di maritarsi senza comunione, o di rimanere separati di beni, gli effetti di questa stipulazione sono regolati nel modo che segue.

§ 1. — *Della clausola che contiene la dichiarazione dei coniugi di maritarsi senza comunione.*

1530 (T). — La clausola colla quale gli sposi dichiarano di maritarsi senza comunione, non dà alla moglie il diritto di amministrare i suoi beni, nè di raccoglierne i frutti; questi frutti si reputano assegnati al marito per sostenere i pesi del matrimonio.

1531 (T). — Il marito conserva l'amministrazione dei beni mobili ed immobili della moglie, e per conseguenza il diritto di ricevere tutti i mobili che porta in dote, o che le pervengono durante il matrimonio, salva la restituzione ch'egli ne dovrà fare dopo lo scioglimento di esso, o dopo la separazione de' beni pronunziata giudizialmente.

1532 (T). — Se tra i mobili portati *in* dote dalla moglie, o a lei pervenuti durante il matrimonio, vi siano cose che si consumino coll'uso, dovrà di queste unirsi al contratto matrimoniale una descrizione colla stima, ovvero farsene inventario allorchè pervengono alla moglie, ed il marito sarà tenuto a restituirne il prezzo secondo la stima.

SOMMARIO

I. L'esclusione della comunione, oltrechè importa l'alienabilità dei beni, differisce anche dalla regola dotale: errore di Zachariae e di Rodière e Paolo Pont.
II. Il marito prende tutti i frutti, compresi quelli della industria. Spettano quindi a lui gli acquisti fatti coi risparmi. Quid *di quelli che sono a nome della moglie, quando essa non pruovi* unde habuit? *si dissente da Troplong.*
III. Dritto di amministrare del marito. Ricevuta dei mobili: inventario. Restituzione di essi alla fine dell'usufrutto.
IV. Pagamento dei debiti. I creditori della moglie possono agire sulla nuda proprietà dei beni di lei: censura della dottrina di Duranton, Troplong, ecc.

I. — La semplice dichiarazione dei coniugi, di non maritarsi in comunione, non esser comuni nei beni, o non esservi tra loro comunione, e qualunque altra frase equivalente non importa nè regola dotale nè separazione di beni, ma una regola particolare chiamata Esclusione di comunione, la quale è per il marito la migliore fra tutte. Non monta quali espressioni si adoperino; pure uno scrittore (Taulier, V, pagina 23 e 218) ha stranamente detto che i coniugi i quali dichiarassero senz'altro di *escludere la comunione*, van soggetti alla comunione legale e non alla regola di cui trattiamo! Secondo lui la clausola non dichiara abbastanza il pensiero delle parti; e quindi elle van governate dalla regola di dritto comune, come se non avesser fatto contratto. Dicono a ragione Pont e Rodière (II, 767) che una tale idea non è nè anche da sostenersi. Ei non par da senno il dire che non mostrasi abbastanza il pensiero di adottare *l'esclusione della comunione*, allorchè si dichiara che s' intende *escludere la comunione*.

La regola che esclude la comunione, ab-

enchè presenti gran somiglianza col sistema che regola i beni dotali dichiarati alienabili, pure ne differisce in alcuni punti. La hanno insegnato il contrario Zachariae III, p. 385 e 562) e Pont e Rodière (II, 169-782), pretendendo che oltre l'inalienabilità dei beni dotali (che può sempre farsi venir meno), questi e quelli della moglie maritata sotto l'esclusione di comunione van sottoposti alle stesse regole, e che le disposizioni dei nostri articoli (1530-1535 (TT) debbono aver compimento ed interpetrarsi con quelle degli articoli 1549-1573 (1362-1386). Ciò è erroneo: le regole son quasi identiche; ma non del tutto, dappoichè il nostro paragrafo deve aver compimento ed interpretarsi colle disposizioni della regola di comunione dell'antico dritto consuetudinario, e non con quelle della regola dotale dell'antico dritto scritto. Così, mentre giusta l'articolo 1549 (1362) il marito ha il dritto di agire da solo contro tutti i possessori di beni dotali ed esercitare le azioni petitorie anche immobiliari, qui, come sotto la regola della comunione, coteste azioni potrebbero essere intentate solo dalla moglie assistita dal marito; perchè questi nel nostro dritto nazionale non è mai stato proprietario dei beni della moglie non vivente in comunione, come per dritto romano, *dominus dotis*. E mentre che secondo l'artic. 1571 (1384) i frutti degli immobili dotali dell'ultimo anno del matrimonio dividonsi tra i coniugi o loro eredi, in ragion della durata del matrimonio, così se è durato otto mesi, il marito avrà dritto a due terzi (e restituirà un terzo dello intero ricolto); come pure se nulla ha raccolto potrà poi farsene dare due terzi; sotto la regola esclusiva della comunione si applicheranno invece i principî ordinarî dell'usufrutto; ed il marito, secondo insegnava formalmente Pothier, riterrà allo scioglimento tutti i frutti percepiti, senza aver dritto alcuno su quei da raccogliersi dipoi. Non potrebbe nemmeno applicarsi la disposizione che in certi casi autorizza il marito a restituire i beni della moglie un anno dopo lo scioglimento (articolo 1565 (1378)), nè l'altra che dà alla moglie il dritto di abitazione durante l'anno del bruno (art. 1570 (1383)). Come sostenere il contrario di fronte all'ordine adottato dal Codice, ed alla sua storia? Come ammettere che i compilatori han voluto riferirsi alla regola dotale, e non ai principî adottati per la comunione e già seguiti nei paesi consuetudinarî, nel mentre la regola di cui trattiamo è per essi una delle parti integranti del sistema della comunione? Come avrebbero essi pensato che i nostri articoli dovessero aver compimento colle regole speciali della regola dotale, mentre intendevano essi allora di non ammettere neppure cotal regola nel Codice? Non ci sembra da ammettersi l'idea di Zachariae e di Pont e Rodière, la quale è condannata appunto dal maggiore argomento su cui si fonda (1).

Benchè infatti il primo progetto non ammise la regola dotale, pure trattò a lungo dei beni dotali e parafernali (vedi Fenet, t. XIII, p. 520-523, art. 132-145). Questo progetto divideva in tre le regole di non comunione: o i beni della moglie eran tutti dotali (articoli 133-138); o tutti parafernali, o in parte dotali e in parte parafernali; o dichiarando i coniugi di adottare l'esclusione della comunione eran per ciò sottoposti alle regole stabilite pei beni dotali (artic. 143). Da ciò presero le mosse Pont e Rodière. Ben si vede, ci dicono (n. 770), come i compilatori voleano identificare la regola dotale e quella di esclusione di comunione, e riguardare come tutt'uno beni dotali e beni sottoposti alla esclusione della comunione... Certo eran lo stesso; ma badate. La regola dotale del progetto, la quale era una cosa con quella dell'esclusione della comunione, tanto che l'una si governava colle regole della prima, è forse la regola dotale di oggi, la dotale del dritto scritto, o la dotale stabilita dal capitolo III del nostro titolo? No certo. Era quella una pretesa regola do-

(1) Pothier (n. 466); Duranton (XV-278, poi 298 e seguenti); Bellot des Minières (III, p. 353 e IV, p. 480); Odier (II-944); Troplong (III, 2234).

tale, che ne avea solo il nome e con cui dissimulavasi alle provincie meridionali di essersi tolta la vera, e costituito la semplice esclusione di comunione, come la praticavano i nostri paesi consuetudinarî. — E non solo non eravi inserita la inalienabilità degli immobili, ma non si permetteva introdurvela con espressa stipulazione del contratto di matrimonio (articolo 138). I paesi di dritto scritto, i quali vedevano distruggersi le loro tradizioni ed esser loro imposta la regola consuetudinaria, rivoltaronsi e costrinsero il legislatore a dar loro la vera regola dotale, oggetto del nostro capitolo III. — Vero che il nostro paragrafo oggi limitato alla sola esclusione di comunione, fu in pria anche redatto per la pretesa regola dotale, e per l'altra, e che le due regole non erano che una; ma lungi dal volere con ciò imporre all'esclusione della comunione le regole particolari al sistema dotale, e modificare col dritto scritto quello consuetudinario, si è fatto invece il progetto per l'annullamento del dritto scritto e della regola dotale! Che poi il legislatore sia stato astretto ad ammettere i principî della regola dotale presso i Romani, e che ciascuno quindi sia libero di adottarli, sia pure; ma non è punto da sostenersi che la nostra sezione sia stata scritta sotto l'influenza di cotesto sistema, che si voleva distruggere, e che volevasi interpretata colle regole di esso.

II.—Secondo il nostro articolo 1530 (T) il marito, che è sotto la regola di esclusione di comunione, è il solo padrone dei frutti e delle rendite di tutti i beni della moglie; nè li percepisce qual mandatario di lei, bensì per dritto suo proprio, *jure mariti*, e quale usufruttuario di tutti i beni della moglie coll'obbligo di provvedere ai bisogni del matrimonio. Tali frutti gli sono talmente proprî che soddisfatti i bisogni della casa, tutto che ne avanza è suo; e tutti gli acquisti che farà con i risparmî, benchè ragguardevoli, saranno proprietà sua.

Il marito prende tutti i frutti senza eccezione alcuna, le pigioni delle case, gli affitti o i ricolti in natura dei beni rurali, le annualità delle rendite perpetue o vitalizie, gl'interessi dei capitali, i guadagni del lavoro o di qualunque industria della moglie; dappoichè i guadagni sono anche frutti. prodotti del lavoro. In conseguenza i quadri, le statue o altre sculture, le carte di musica, tutte l'opere d'arte, scienza o letteratura che farebbe la moglie, appartengono al marito. Insistiamo su tale idea, perchè sconosciuta da alcuni giureconsulti i quali sostengono doversi riguardare tali oggetti come un capitale, di cui la proprietà appartiene alla moglie e l'*usufrutto* al marito, il quale potrebbe così toglierne solo gl'interessi del prezzo ritratto. *Dicono* essi che i quadri, a mò d'esempio, benchè sieno realmente frutti, ed anche secondo le idee economiche, pure non son tali secondo il Codice, perchè non *periodici* prodotti (1). Ciò è un errore, e noi non possiamo ritenere che il linguaggio della legge sia contrario al vero delle cose! I quadri d'un artista ed il prezzo di cui vive, sono per la legge, come per tutti, *il frutto del suo lavoro*: nè è vero il dire non esservi la successiva e replicata produzione che fa definire frutti *quod ex re nascitur et renascitur* poichè vi è uno stesso principio, uno stesso lavoro che riproduce senza sminuirsi (pari al podere che mi dà in ogni anno un nuovo ricolto, senza diminuir di valore) oggi un quadro, poi un secondo, un altro... I ricolti si fanno ad uguali intervalli e non così i quadri; ma di niun valore è la disuguaglianza del tempo, ed i 12,000 fr., guadagnati in un anno dall'artista lavorando otto mesi in un quadro, ed uno in altro, formano anche i frutti di un impiegato che ha per soldo 1,000 fr. al mese. Certo che altra è la regola trattandosi di una donna agiata che si occupa d'opere d'arte per diletto; la tela o il marmo in cui affettuosamente ha lavorato, che ritraendo le sembianze di persona diletta o qualche in-

(1) Mourlon (*Ripet. scritte*, esame 3°, n. 98) riproduce tale inesatta dottrina, nonchè la strana idea del mandato sopracennata.

ressante scena di famiglia, non saranno oprietà del marito; non son tali oggetti : un frutto nè un capitale, perchè nè fatti : posti in casa come valore pecuniario. a ogni qualvolta si tratterà di guadagni, l il lavoro della moglie, grande o meocre artista, sarà convertito in danaro, marito ne sarà proprietario.

Toglie adunque il marito tutti i frutti e : rendite della moglie; e come l' abbiam etto, soddisfatto ch'egli ha ai bisogni della ımiglia, i beni che col rimanente potrà cquistare gli sono esclusivamente proprî. ili averi della moglie possono accrescersi on successioni o donazioni, o con un teoro rinvenuto (perchè questo non è frutto ell' immobile per la metà che si acquista *ure soli*, come non è frutto d' industria)er la metà che spetta a chi lo trova); ma :ssa può soltanto comprare coi capitali che ;ià possedeva. Or si è domandato se com)erandosi in nome della moglie, o di lei : del marito, vi fosse, conforme alla legge 'omana (*L. Quintus Mucius*, Dig., lib. 24, it. 1, 51), presunzione legale, finchè la noglie non provi il contrario, di essersi 'atto il pagamento col danaro del marito. Troplong (III, 2245 e IV-3018) risponde lel sì; ma noi crediamo che il giudice ;enza poter qui applicare una presunzione li dritto che non esiste nella moderna leg;e, debba decidere in fatto, e secondo i)rincipî del dritto comune. Secondo l' ar:icolo 1350 (T) non vi sono altre pre;unzioni legali, che quelle determinate *da ına legge speciale*; e poichè quella di cui si tratta non trovasi nel Codice, ella è stata ıbrogata, come le antiche leggi romane, dalla legge del 31 marzo 1804. Infatti nel nostro antico dritto cotesta presunzione era ammessa, quando l'acquisto facevasi dalla moglie, ma non già quando acquistavano in comune i due coniugi; or poichè bastava a far venir meno la presunzione, che il marito concorrendo nella compra mostrasse un tacito riconoscimento, doveasi pure far venir meno nel secondo caso, poichè dal concorso del marito autorizzante ben sorge implicitamente che l'acquisto si è fatto e pagato dalla moglie. Aggiungasi che abrogata quella presunzione di dritto non ne veniva alcun inconveniente: ove lo avversario della moglie sostenga che la pretesa compra di costui era una ascosa liberalità del marito, e che quindi vi sia frode, si potrà ciò provare non solo con testimonî, ma anche, e per ciò stesso, con semplici presunzioni di fatto. Se dunque la moglie non può giustificare *unde habuit*; ciò unito alle altre circostanze basterà perchè sia condannata... Era meglio adunque, come si è fatto, lasciar governare questo caso dal dritto comune (1).

III.—Il marito è qui, come sotto la regola della comunione, l'amministratore di tutti i beni mobili ed immobili della moglie (art. 1248 (1261)); per tal somiglianza e per allusione a tal regola dice il nostro articolo 1531 (T) che il marito *conserva* l'amministrazione. Esercita egli adunque tutte le azioni mobiliari e le possessorie, ma non già quelle immobiliari petitorie, come vedemmo nel n. 1. Amministratore ed usufruttuario di tutti i beni della moglie, ei prende, salvo a restituire alla fine dell'usufrutto, tutti i mobili di lei, quelli recati al tempo del matrimonio e quelli pervenutile dopo. Le cose che consumansi coll' uso debbono stimarsi o nel contratto di matrimonio, o con un inventario steso quando si ricevono durante il matrimonio; le altre cose non si stimano, ma deve sempre a parer nostro, non ostante l'opinione contraria di Pont e Rodière (II-77), farsene l'inventario. Il nostro articolo 1532 (T) vuol solo si faccia inventario delle cose di consumo; ma quello che dee farsi delle cose di consumo pervenute durante il matrimonio, è lo *estimativo*, pari alla descrizione colla stima che vuolsi per le stesse cose recate nel dì del matrimonio. — Il marito per la sua sola qualità

(1) *Vedi* Grenoble, 30 giugno 1827; Pau, 10 dicembre 1832; Agen, 22 giugno 1833; Montpellier, 14 febb. 1843 (Dev., 33, 2, 240; 35, 2, 143; 43, 2, 222). La Corte di Lione ha deciso in contrario in data degli 11 maggio 1848 (Dev., 49, 2, 286). *Vedi* sulla quistione Duranton (XV, n. 265); Benoît (*Della dote*, I, nn. 209 e 210); Tessier (*ibid.*, I, p. 206, note 370).

di usufruttuario è tenuto all'inventario che indica semplicemente gli oggetti. Ei non è obbligato a dar cauzione, siccome un ordinario usufruttuario; la sola eccezione per il padre e la madre, che han l'usufrutto legale, per il venditore e il donante che si son riservati l'usufrutto, e per il marito sotto la regola dotale (art. **601** e **1550** (**526** e **1363**) ben dimostra non dover dare cauzione il marito che non è in comunione; bensì egli è obbligato all'inventario, dappoichè imponesi dall'articolo **600** (**525**) a qualunque usufruttuario, fosse anche il padre che ha l'usufrutto legale.

Cessato l'usufrutto del marito, o per lo scioglimento del matrimonio, o per la separazione di persona e di beni, o di beni soltanto, il coniuge restituisce il prezzo assegnato dall'estimo alle cose di consumo; gli altri beni mobili ei li consegna in natura, e nello stato in cui trovansi, purchè non guasti per sua colpa o per abuso (chè allora ne dovrebbe l'indennità). — Se non si sia fatto l'estimo, se ne determinerebbe il prezzo, secondo i casi, o colle note del prezzo delle derrate o per mezzo di periti, e con testimonî e per pubblica voce si proverebbe in quale stato si fossero consegnate. Anche la moglie potrebbe provare per pubblica voce le cose non fungibili di cui il marito non avrebbe fatto inventario allorchè si fosse provato regolarmente il valore.

IV. — Come ad ogni coniuge restano proprî i suoi beni, salvo il dritto d'usufrutto su quelli della moglie dato al marito, così rimangono proprî di ognuno i suoi debiti, ed i creditori dell'uno non possono rivolgersi sulla proprietà dell'altro.

Par che gli scrittori abbiano su di un punto applicato male le conseguenze di tal principio.

Riconoscono tutti non potere i creditori del marito sequestrare i mobili della moglie, nè i creditori di questa (fino a che il credito non abbia una data certa anteriore al matrimonio) sequestrare i mobili del marito, o l'usufrutto di quei della moglie, perchè appartiene al marito. — Bensì pretendono, che avendo i crediti una data certa anteriore al matrimonio, i creditori della moglie abbiano dritto di agire sull'intiera proprietà dei suoi mobili, non essendo obbligati a rispettare l'usufrutto del marito (1). La qual soluzione non sostenuta da valide ragioni, noi non potremmo seguire.

Tranne il caso di privilegio od ipoteca, il creditore può rivolgersi sui beni che al presente appartengono al suo debitore; or qui la moglie debitrice ha solo la nuda proprietà dei suoi beni, avendone col suo contratto di matrimonio alienato l'usufrutto. Questo potrebbe aversi dai suoi creditori in forza dell'art. **1267** (**1220**), esercitando l'azione pauliana, cioè provando che ella in frode dei loro dritti se ne sia spogliata. Fino a che non si mette innanzi la frode, e la nuda proprietà dei mobili o degli immobili può far fronte al pagamento, i creditori potranno agire sopra l'usufrutto che non è più della loro debitrice. Troplong, che insiste più d'ogni altro sulla contraria idea, dà per ragione coteste due proposizioni: « che essendo il marito amministratore dei beni della moglie, i creditori non perdono perciò il loro pegno, e che *dos in fraudem creditorum constitui non potest* ». Ciò non deriva dall'esser lui *amministratore* dei beni della moglie, bensì dall'essere *usufruttuario*. La massima invocata, anzichè esser contraria alla nostra dottrina, la conferma, non permettendo di ledere la convenzione matrimoniale se non quando sia fatta *in fraudem creditorum*. Per eccezione adunque, e solo in caso di frode, i creditori possono rivolgersi sulle rendite; tranne ciò, ed in principio, eglino non hanno alcun *dritto*, siccome ha giudicato la Corte di Montpellier nel **1840**.

Noi supponiamo però che un inventario, o in mancanza di esso, altro mezzo di prova positiva, stabilisca la distinzione dei mobili della moglie e di quelli del marito;

(1) Duranton (XV-129); Zachariae (III, p. 562); Odier (II-954); Troplong (III-2268). Contra: Montpellier, 18 giugno 1840 (Dev., 40, 2, 413).

lappoichè se si confondono i due mobili, creditori del marito potrebbero agir su quelli della moglie, e viceversa quelli della moglie potrebbero agire (ma solo sulla nuda proprietà) su quelli del marito. In tal caso il coniuge debitore dovrebbe indennizzar l'altro, sui mobili del quale si sono pagati i suoi creditori.

1533 (T). — Il marito è tenuto a tutti i pesi dell'usufrutto.

I. — Il marito, usufruttuario di tutti beni della moglie, è tenuto a tutti i pesi ed obbligazioni derivanti da tal titolo. Egli deve specialmente far le riparazioni di manutenzione, soddisfare le contribuzioni, pagare gl'interessi dei debiti della moglie, che corrono durante l'usufrutto, e le annualità delle rendite perpetue o vitalizie di cui è debitrice.

1534 (T). — La clausola enunciata in questo paragrafo non impedisce di pattuire che la moglie possa riscuotere annualmente con sua semplice quietanza una parte delle sue rendite pel suo mantenimento o per i bisogni della sua persona.

I. — La moglie potendo stipulare, invece dell'esclusione di comunione, la quale dà al marito l'amministrazione e il godimento di tutti i beni, la separazione dei beni con cui si riserba per se l'amministrazione e il godimento, può anche, giusta il principio: chi può il più può il meno, stipulare il dritto d'amministrare e godere di una porzione dei suoi beni. Senza dubbio essa lo può per quella parte del suo patrimonio per cui si conviene, la quale può essere altrettanto, o anche più ragguardevole di quella sottoposta alla esclusione di comunione (art. 1387 (1341)).

Ma non si creda che l'articolo 1534 (T) preveda la combinazione delle due regole. Trattasi qui di una moglie che adotta la esclusione della comunione, riserbandosi soltanto la tal porzione del prodotto dei suoi beni. Si conviene adunque che i 1,200 fr. delle annualità della tale rendita, o i 1,200 da prendere su i 3,000 del fitto del tal fondo, saran percepiti dalla moglie sulle sue sole quittanze, in modo che il debitore, appena gli sarà notificata la clausola del contratto, dovrà pagarli alla moglie; ma il marito, diversamente da quel che si farebbe per una cosa sottomessa alla regola di separazione, avrà l'amministrazione dei beni.

1535 (T). — I beni immobili costituiti in dote, nel caso di questo paragrafo, non sono inalienabili. — Ciò non ostante non si possono alienare senza il consenso del marito, o, se questi il nieghi, senza l'autorità del giudice.

Ma non è questa la sola differenza. Quando infatti si adotta parzialmente da' coniugi la regola di separazione, i prodotti dei beni sottoposti a tal regola sono di assoluta proprietà della moglie; e se sono sì ragguardevoli da poter fare dei risparmî, gli acquisti che con essi farà, non che le nuove rendite che produrranno, le saran proprî. Sarebbe lo stesso sotto la regola della comunione (in cui la stessa clausola può stipularsi, non essendo proibito di accoppiare la separazione dei beni colla comunione o colla esclusione di essa). Bourjon pensava il contrario, ritenendo essere beni proprî gli acquisti fatti in tal modo dalla moglie in comunione; ma tale errore era respinto a ragione da Pothier (n. 466), poichè i beni comprati con rendite riserbate proprie, son proprî al pari di esse. Ma quando vi è esclusione di comunione per tutti i beni, con la semplice autorizzazione di poter la moglie prender per se una porzione delle rendite, queste non cangian natura, perchè percepite da lei; la quale li prende per togliersi la noia di chiederli ogni giorno al marito, e sono a disposizion sua per essere annualmente spese o in elemosine o in oggetti di toletta e di capriccio, o in tutt'altro modo. Ma non son proprî di lei, come nol sarebbe

il danaro che a tal fine le darebbe il marito; il quale avrebbe la proprietà degli acquisti fatti con quel danaro messo a capitale ed impiegato: la moglie può acquistare soltanto col prodotto d'una cosa propria; or qui niuna cosa è propria di lei.

Troveremo lo stesso principio nell'articolo 1549 (1362) sotto la regola dotale, la quale pone i beni della moglie, secondo che dotali o parafernali, nella condizione uguale a quella risultante dalla esclusione di comunione, e dalla regola di separazione. La moglie può anche, rendendo i suoi beni dotali, riserbarsi la libera percezione d'una tal parte delle rendite; ma gli acquisti fatti colle rendite dei beni dotali, apparterrebbero al marito; la moglie può acquistare in proprietà coi beni parafernali.

II. — Gl'immobili della moglie non sono alienabili nè sotto l'esclusione della comunione, nè sotto la separazione dei beni, nè sotto la comunione; e non solo l'inalienabilità non deriva da tal regola, ma non può nemmeno efficacemente stipularvisi. Insegnano erroneamente il contrario Duranton, Zachariae, Pont e Rodière, ecc. Abbiamo stabilito nell'artic. 1497 (T), numero III, poter soltanto l'inalienabilità risultare dal seguirsi in tutto o in parte la regola dotale. — In questa la moglie potrà alienar sempre i suoi immobili, colla autorizzazione del marito o del magistrato in mancanza di quello, e col riserbare al marito, nell'ultimo caso, il godimento della cosa alienata.

§ 2. — *Della clausola di separazione di beni.*

1536 (T). — Allorquando gli sposi nel contratto nuziale han convenuto di vivere separati di beni, la moglie conserva l'intera amministrazione de' suoi beni mobili ed il libero godimento delle sue rendite.

1537 (T). — Ciascun de' coniugi dee contribuire a' pesi del matrimonio, secondo le convenzioni contenute nel lor contratto: o se intorno a ciò nulla si sia convenuto, la moglie vi dee contribuire fino alla concorrenza del terzo delle sue rendite.

I. — La separazione di beni è la seconda delle tre regole di comunione. In essa non si incontrano quelle gravi stranezze (contrarie anche, almeno nelle loro pratiche conseguenze, alla morale ed alla buona fede) che bentosto scorgeremo nella regola dotale; pure già ci si para innanzi lo spettacolo di due individui, i quali confondendo e mettendo in comune tutta la loro esistenza, e le loro persone medesime, rimangono stranieri l'uno all'altro per quanto riguarda le loro sostanze; e che affidando alle eventualità di un'intima associazione i loro corpi e le anime loro, non vogliono rischiare il loro danaro che mostrano d'apprezzar più di loro medesimi. — Sebbene sotto l'esclusione semplice di comunione non si incontri questo sistema di libertà e di uguaglianza, con cui si eleva la moglie ad esser la compagna del marito, pure è identica ed unica la regola: la moglie, concedendosi a colui che ella ha scelto per protettore e capo, gli affida la sua persona, non che il godimento e la direzione del suo patrimonio; qui per l'incontro havvi separazione intiera di beni, mentre in intima unione si congiungono le persone.

II. — La separazione di beni fa riguardare i due coniugi, per rispetto ai loro beni, come stranieri l'uno all'altro; se non che: 1° la moglie, sotto questa come sotto qualunque altra regola, non può alienare i suoi immobili senza l'autorizzazione del marito o del magistrato; e 2° essa deve contribuire alle spese domestiche. Nel rimanente poi ciascun coniuge rimane estraneo all'altro; gli amministra da se, e gode del suo patrimonio; e ritiene propri per se solo gli acquisti che può fare coi risparmi delle sue rendite, o coi prodotti della sua industria, pagando e dovendo egli solo rispondere dei suoi debiti. Così i mobili del marito non potranno esser sequestrati dai creditori della moglie, e ri-

ceversa; nè importa qui se si sia fatto o no l'inventario, il quale è richiesto quando i mobili dei coniugi si trovino riuniti e confusi sotto il possesso del marito; ma in questa regola i coniugi conservano separatamente il possesso dei loro mobili rispettivi, nè più nè meno che se fossero due amici che abitino la medesima casa.

Così ridotta la moglie a pensionaria del marito, deve, sì per far fronte alle sue spese, come anche per concorrere a quelle dei figli, pagare annualmente al marito la somma indicata nel contratto di matrimonio, o, non essendovi convenzione, un terzo delle sue rendite. È questa la differenza tra la separazione di beni convenzionale o contrattuale, di cui noi qui trattiamo, e quella giudiziale, di cui parlammo sotto l'art. 1448 (1412), n. II. Nondimeno se tutte le rendite e i guadagni del marito riuniti al terzo (o a qualunque altra frazione stabilita nel contratto) che dà la moglie, non basti a far fronte ai pesi del matrimonio, essa dovrà fornire il rimanente, in forza degli articoli 212 e 205-207 (201, e 195-196) il primo dei quali le impone l'obbligo di soccorrere il marito, e gli altri di mantenere i suoi figli.

Inoltre, siccome la moglie può sotto qualunque altra regola, far pronunziare dalla giustizia, se bisogna, la separazione di beni, così anche in questa regola, ove il marito sciupasse in matte spese le rendite che dovrebbero servire ai bisogni del matrimonio, essa può far dichiarare cessato l'obbligo che ha di pagare al marito la sua parte, e farsi autorizzare a pagar da sè stessa i somministratori.

1538 (T). — In nessun caso, nè in forza di qualunque stipulazione, la moglie può alienare i suoi immobili senza speciale consenso del marito, o, se questi dissenta, senza esserne autorizzata dal giudice. — Qualsivoglia facoltà generale di alienare i suoi beni immobili accordata alla moglie, tanto nel contratto di matrimonio, quanto posteriormente è nulla.

I. — Le due regole di questo articolo sono state da noi già spiegate: la prima sotto l'art. 1449 (1413), n. 3, nella materia della separazione giudiziaria di beni, che produce i medesimi effetti (salvo la contribuzione della moglie) della separazione per contratto, in modochè gli art. 1448-1450 (1412, 1414) e quelli del nostro articolo s'interpretano ed han compimento gli uni cogli altri; la seconda sotto l'articolo 1388 (1342), n. VI.

Gli articoli 1448-1450 (1412, 1414) e i nostri articoli 1536-1539 (TT) si dan compimento a vicenda: ciò non si contrasta. Infatti per la separazione convenzionale si applicherà quel che si è detto sotto l'art. 1450 (1450) per il reimpiego degli immobili alienati dalla moglie; e viceversa si applicherà alla separazione giudiziaria ciò che diremo sotto l'articolo seguente.

Non fa mestieri inoltre dire che la separazione per contratto non si stabilisce ed estingue per le stesse cause che quella giudiziaria. Questa, a differenza della prima, non può stabilirsi mai col consenso dei due coniugi, ma essi possono farla cessare (artic. 1451 (1415)); e l'altra, come qualunque regola stabilita nel contratto, non può rivocarsi o modificarsi dalle parti (articolo 1395 (1349)).

1539 (T). — Se la moglie separata lasci godere i suoi beni al marito, questi non è tenuto, sia nella domanda che la moglie potesse fargli, sia dopo lo scioglimento del matrimonio, se non alla esibizione de' frutti esistenti, e non dee render conto di quelli che fino allora si fossero consumati.

I. — Quando la moglie, senza mandato ovvero con mandato, ma senza obbligo di render conto, lascia l'amministrazione dei suoi beni al marito, può, cessato che sia il godimento (o per lo scioglimento del matrimonio o ad istanza della moglie durante

il matrimonio) domandar soltanto i frutti esistenti, ma non chieder conto di quelli consumati, i quali si stimano essere stati bene impiegati, perchè la moglie che non ha imposto l'obbligo al marito di render conto e che ad ogni momento ha potuto far cessare il suo godimento, e non lo ha fatto, ha mostrato con ciò che egli non ne abusava. Ma se al marito si fosse imposto nel mandato l'obbligo di render conto, egli sarebbe rispetto a lei come un mandatario comune. Similmente, se il marito avesse tolto o continuato il godimento non ostante il volere della moglie e contro la sua opposizione, sarebbe tenuto a render conto. In tutti i casi, debba o no render conto, abbia il godimento con il consenso della moglie o senza, egli deve far sempre le riparazioni ordinarie, pagare tutti i pesi che gravano sopra i frutti, poichè questi sono da lui raccolti.

Coteste varie regole dettate negli articoli 1577 e 1580 (1390 e 1393) pei beni parafernali, debbono essere qui seguite non in forza di questi articoli (non potendo alla nostra sezione applicarsi alcuna disposizione della regola dotale), ma come conseguenze dei principj generali che dovrebbero essere applicati, quand'anche non scritte nei testi.

CAPITOLO TERZO

DELLA REGOLA DOTALE.

I compilatori del Codice, preferendo molto la comunione alla regola dotale, la vera legislazione francese dei nostri paesi consuetudinari alla romana dei paesi di dritto scritto, non solo fecero della prima il dritto comune della Francia (art. 1393 (1347M)), ma proscrissero rigorosamente la seconda... E potremo noi biasimarli, quando si raffronta l'origine e lo spirito così notevole delle due regole, dotale e di comunione?

La condizione della moglie in faccia al marito, negli antichi tempi di Roma, ci offre l'esempio di due esagerazioni che urtano alla ragione, alla natura, non che al vero dritto: o la moglie soggettandosi alla *manus*, che la fa riputar figlia del suo marito e sorella dei suoi figli, diviene col nome di *mater-familias* la proprietà del marito a cui appartiene, come i figli, gli schiavi e gli animali; o non si sottopone alla *manus*, e rimane col titolo di *matrona* sotto la potestà paterna o degli agnati, non potendo il marito esercitar su di lei alcuna autorità. Sicchè il marito o è proprietario della moglie, o le rimane estraneo; o la moglie è cosa sua, o punto non lo è... Il secondo caso, che fu lunga pezza la eccezione, diventò la regola generale, spezialmente quando, corrotti i costumi, i mariti furon quasi comprati colle ingenti doti, le quali servivano di contrappeso allo stato abbietto delle mogli. Da ciò la conseguenza che la moglie riccamente dotata (ed erano le più, poichè ben di raro le povere donzelle trovavano un marito) non voleva mettersi *in manu mariti*. Tale abiezione e l'impotenza di portare innanzi le cose domestiche si accrebbero poi viemmaggiormente per le troppe protezioni consentite dagli imperatori pei beni della moglie, e colle quali fu interdetta sotto Augusto qualunque ipoteca dei fondi dotali, e prescritta poi sotto Giustiniano la inalienabilità assoluta, gravando di una ipoteca legale in prò della moglie tutto il patrimonio del marito. Con questa istituzione così esagerata della inalienabilità si dava compimento al sistema dotale. Essa ne è il cardine; e Giustiniano, a cui giustamente si appiccò il sopranome di *Uxorius*, fu il primo che la sanzionò, sacrificando tutto alla grande idea di conservar le doti. Adunque è sempre necessario che la dote, a costo della dignità e della felicità della famiglia, del buon andamento degli affari domestici, delle sostanze dei terzi, che veggonsi sì scandalosamente spogliati, del credito e delle transazioni impedite dalla ina-

lienabilità, dell'onore e della morale pubblica (1), a qualunque costo insomma la dote dovrà esser sempre in salvo : così vuole ragion di Stato. Infatti, il povero impero romano minaccia ruina, i barbari se lo contendono palmo a palmo; ed è ben questo il tempo che tutto si sacrifichi alla conservazione delle doti, perchè la moglie, dopo un divorzio o dopo la morte del marito, possa rimaritarsi e dar nuovi figli alla patria: ***Reipublicae interest mulieres doles salvas habere, propter quas nubere possint*** (Dig., lib. 23, tit. III, 2). E tal sistema ristretto e sleale di conservazione, indettato dalla diffidenza e dallo scoraggimento di una società decrepita, in cui non si pensa più a miglioramento, bensì a conservare, potendosi, quel che ancor si possiede, è stato per mala sorte adottato, e si adotta con somma scrupolosità fino ad oggi, nelle nostre provincie meridionali.

Per buona ventura moltissime altre provincie abbandonarono quelle tradizioni di un cattivo passato. Mentre la triste idea del Basso-Impero ha messo profonde radici in una parte della Gallia, una nuova idea, un novello dritto si va altrove introducendo, non dalle congetture dei dotti, ma dagli istinti del popolo, in mezzo al quale per un lavoro provvidenziale e spontaneo sorgeva nel medio evo il principio della unione intima e della uguaglianza dei coniugi sì per i beni che per le persone. Lo spirito possente di associazione, che agita le masse, prevale in questi tempi fra i comuni, i borgesi, le corporazioni di operai e mercanti, e specialmente fra le numerose comunioni di servi e manimorte, i quali mettono in comune ***i loro mobili ed acquisti***, vivono ***del medesimo pane***, dividendo ***le medesime fatighe*** per accomunarne i vantaggi, e il cui nome di ***fraternità*** (2) vien ricordato dalle ***associazioni fraterne*** che ad ogni giorno veggonsi sorgere in Parigi da tutte parti. Quivi, fra le tante venne fuori la comunione coniugale, che è fra tutte la più naturale, e che non è di origine celtica o germanica, come alcuni han creduto, ma puramente francese... E fa meraviglia che questa regola nata dal cristianesimo, anzichè prepararsi dai giuristi filosofi di quei tempi, non fu nemmeno da essi agevolata, nè tampoco compresa, anzi schernita dai medesimi interpreti, che si faceano scrupolo della parte che confidavasi alla moglie. E lo stesso d'Argentrè, notando, giusta l'uso d'allora, ***l'indole sfrenata e collerica, la picciolezza delle idee e la imbecillità del giudizio di tal sesso, inetto alle idee commerciali***, e deplorando cotesto nuovo sistema, opina ***doversi preferire quello degli antichi Galli, ove la moglie coi suoi beni stava sotto la potestà assoluta del marito***, il quale avea pure il dritto di vita e di morte (3). Ma qui, come ovunque, l'istinto delle moltitudini, questa voce di Dio stessa, come dice l'apostolo, era ben più giusta e profonda che la estimazione dei filosofi; qui, come in tutti gli altri episodi della lotta eterna tra i due sistemi della forza e del dritto, della repressione e della libertà, della reazione e del progresso, il secondo dovea vincerla sul primo (4); e la comunione, mano mano estendendosi dalle classi serve ai nobili, divenne tantosto il dritto generale di tutte le nostre consuetudini.

(1) Dice Troplong con molta giustezza: « la moglie, maritandosi sotto la regola della comunione, si vergognerebbe di disdire i suoi impegni. Ma è altra la morale per la moglie sotto la regola dotale: ella può obbligarsi e soscrivere le sue obbligazioni, ma non è tenuta di adempirle ». (*Prefaz.*, p. CLV). Ed avviene non di rado che i terzi acquirenti, ingannati da una dichiarazione dei coniugi sotto la regola dotale di esser maritati senza contratto, sono costretti a pagare *una seconda volta* o a restituire il bene; e noi abbiamo saputo di uno che ingannato, acquistava e pagava una seconda volta, essendosi permessa da una sentenza l'alienazione, e poi è stato costretto, allo scioglimento del matrimonio, per aver trascurato una delle cento precauzioni necessarie, a pagar l'immobile UNA TERZA VOLTA.

Vedi pure le osservazioni sotto l'art. 1554 (1367), nn. I e V.

(2) Coquille, *Consuetud. di Nivernais*, t. VI, art. 18, e t. XXII, art. 3.

(3) Sulla *consuetudine di Bretagna*, art. 410, gl. 2, n. 2

(4) Vedi la prefazione dei nostri *Studi di scienza religiosa*.

I nostri compilatori non poteano menomamente esitare fra la istituzione nazionale e cristiana della comunione, e la regola dotale che abbandonavasi dagli stessi giureconsulti, i quali benchè imbevuti di quei principî fin dalle fasce, pure dovettero smetterli, appena essi incominciarono la pratica degli affari (1). Il primo progetto infatti abrogava la regola dotale, soggettando i beni, che chiamava dotali, alla semplice esclusione di comunione, e vietando di stipularsi inalienabili (Fenet, tom. 13, p. 520, artic. 133-138). Ma l'abitudine, questa potenza così difficile a superarsi (v. la nota 3, del v. I, parte I, p. 67), fè sorgere nelle provincie di dritto scritto così vive doglianze, che fu bisogno di far qualche concessione; ed il legislatore, non ostante la regola consuetudinaria e di dritto comune, autorizzò l'antica regola dotale, aggiungendo al progetto il capitolo che qui appresso spiegheremo.

1540 (1353). — La dote sotto questa regola, del pari che sotto quella del capitolo III, consiste ne' beni che la moglie porta al marito, per sostenere i pesi del matrimonio.

1541 (1354). — Tutto ciò che la donna si costuisce in dote, o che le vien donato nel contratto del matrimonio, è dotale, se non vi è stipulazione in contrario.*

SOMMARIO

I. Due condizioni per istabilire la regola dotale. Rimando per la prima; svolgimento della seconda. — In due modi si può costituire la dote. Schiarimenti: si dissente in vari punti da Troplong, Duranton ed altri.

II. Se non si costituisce dote, tutti i beni della moglie sono parafernali: strani errori e contraddizioni di Bellot. — La regola si applica ai frutti che provengono dalla industria personale della moglie: osservazione sulla dottrina di Troplong.

I. — La dote, sotto questa regola, come sotto qualunque altra, consiste in quei beni che la moglie porta al marito per soddisfare ai bisogni della famiglia; ma essa qui ha un carattere tutto speciale, straordinario ed esorbitante che distingue appunto questa dalle altre regole: il marito amministra solo (art. 1549 (1362)), ma non può alienare, come bentosto vedremo nell'art. 1554 (1367). Le parole *regola dotale* nulla indicano per se stesse ed assolutamente (perchè costituendosi in ciascuna regola una dote, tutte le regole quindi sarebbero dotali), ma esse presentano un senso speciale giusto per tal carattere; ed è strano invero che il legislatore abbia incominciato cotesta materia colla insignificante disposizione dell'artic. 1540 (1353).

La dote per tal carattere che ha sotto la regola *dotale*, deve stabilirsi sotto due condizioni, senza di cui non potrebbero esistere beni dotali. Bisogna in pria (artic. 1392 (1346 M)) che i coniugi dichiarino espressamente di voler seguire la re-

(1) La regola dotale che fu soprattutto adottata dalla Normandia, era riprovata colla maggiore energia dal foro di Rouen. Il nostro insigne confratello e compatriotta, Senard, che tante volte nella sua lunga e splendida carriera ne avea notato i risultamenti, la chiamò pubblico flagello. Si possono anche consultare i pregevoli opuscoli di Homberg, altro avvocato di Rouen, e di Marcel, notaro in Louviers.

* Decreto 13 dicembre 1854. — Sul dubbio di legge nella causa tra il Principe di Castelcicala ed il Principe di Caposele, se fosse applicabile tra noi sotto le antiche leggi di questa parte del regno, la regola, che la dote promessa da' padri alle figlie dai beni propri e da quei delle figlie stesse estinguà soltanto la dote paterna nei casi previsti dalla l. 7. *Dig. de dotis promis.* — I. Dichiariamo essere stata male invocata la regola della l. 7. *de dotis promiss.* citata di sopra, non tenendosi presente i dettami delle costituzioni del regno su i paraggi delle femmine, ed i principî che ressero gli *usi delle rinuncie.*

— Lo spillatico è un'accessione della dote come i frutti dotali, e non può essere considerato come un cespite parafernale. C. S. di Napoli 30 gennaro 1827.

— Il fondo non è dotale quando ne' fogli nuziali si accorda al marito la facoltà di alienarlo. C. S. di Napoli 21 agosto 1831.

ola dotale; ed inoltre che si costituisca lla moglie una dote. Mancando la prima ondizione, non vi sarà regola dotale, ma na delle altre sopra spiegate; mancando ı seconda, vi sarà regola dotale, ma senza ieni dotali, cioè senza il suo vero caratere, e quindi, in altri termini, vi sarà la egola di separazione di beni: infatti l'aricolo 1574 (1387) lo dice espressamente: *tutti i beni della moglie, che non sono stati costituiti in dote, sono parafernali*. Coteste condizioni possono adempirsi colle medesime parole ed in unica proposizione; come se i coniugi, adottando la regola della comunione, aggiungessero che gl'immobili della moglie non sarebbero nemmeno *soggetti alla regola dotale stabilita* dall'articolo 1554 (1367).

La prima condizione di adottare espressamente la regola dotale è stata spiegata sotto gli art. 1392 (1346 M), nn. III e IV, e 1397 (T), n. III. La dote, secondo il nostro art. 1541 (1354), può costituirsi in due modi: o coi beni che la moglie dichiara di costituirsi in dote, o con quelli che le son donati nel contratto di matrimonio dai parenti o da estranei, per i quali non bisogna una espressa dichiarazione della moglie. Questa può costituirsi la dote in qualunque modo, o dicendo che ella *si costituisce per dote* i tali beni, o che questi beni *saranno dotali*, o che con essi *deve sostenere i pesi del matrimonio*, o che *li reca al marito* (1). Può anche costituirseli implicitamente, quando ella dichiara di riservarsi i tali beni come parafernali. Ma se si dichiari che i coniugi *si prendono con tutti i loro beni e diritti*, i beni della moglie saranno dotali?... Tessier, avvocato alla Corte di Bordeaux, insegna del sì, provando essersi così usato ed usarsi tuttavia nel distretto di quella città (I, p. 12); noi però non sapremmo seguire tale idea come una regola generale, come un principio di dritto, come han fatto, non senza qualche esitazione, Paolo Pont e Rodière (II-385); e più specialmente Troplong (IV-3030). Al postutto, essa è una quistione d'interpretazione di volontà; e se quella frase indicherà sempre una costituzione, secondo gli usi esistenti e le idee della tale provincia, non perciò dovrà intendersi pur così in altre provincie, ove potrebbe sembrar troppo vaga per dedurne quella conseguenza. Se la moglie sola dichiarasse di *darsi al marito con tutti i suoi beni e diritti*, noi non esiteremmo a dire che sia questa una costituzione di dote; ma se tutti e due i coniugi (anche il marito che non può aver beni dotali) dichiarino di *prendersi con tutti i loro beni e diritti*, tal frase secondo noi indicherebbe ben poco in se stessa, perchè le si dovesse sempre attribuire il medesimo senso; e noi in ciò non sapremmo veder altro che una quistione d'intenzione, che i giudici del fatto dovrebbe decidere, combinando insieme le clausole del contratto secondo le idee del paese, insomma secondo le circostanze.

Non fa mestieri di molti schiarimenti sul secondo modo di costituir la dote: i beni sono dotali per ciò solo che si danno alla moglie nel suo contratto di matrimonio, e parafernali se si faccia una dichiarazione in contrario. Qui si offre una sola quistione, ed è se questa regola nel nostro articolo 1541 (1354) debba pure applicarsi alle donazioni che si fanno alla moglie nel contratto, non dai parenti o dagli estranei, ma dal marito medesimo.—Duranton, Paolo Pont e Rodière rispondono del sì, perchè la legge, secondo essi, non fa alcuna distinzione o differenza tra la donazione del marito e quelle degli altri. Ma noi crediamo, conforme all'opinione generalmente ammessa, che beni dotali non possono essere quelli che il marito dona alla moglie, quando dotali definisconsi dalla legge nell'art. 1540 (1353) quelli che la moglie reca al marito per sostenere i pesi del matrimonio (2). Tessier ed Odier *(loc. cit.)*

(1) *Vedi* Pont e Rodière (2, 383); Tolosa, 11 giugno 1830; Cass., 16 agosto 1843 e 16 novembre 1747; Grenoble, 4 marzo 1848 e 13 luglio 1850 (Dev., 31, 2, 162, 43, 1, 764; 48, 1, 25, 2, 439; 51, 2, 409).

(2) Tessier (I, p. 15); Odier (III-1071); Troplong

opinano non esser così, e che i beni donati dal marito saranno anche dotali, se la moglie si abbia costituiti tutti i suoi beni presenti e futuri; ma questa a noi sembra, come a Troplong (n. 2038), una inconseguenza. La dichiarazione di essere dotali tutti i beni della moglie, non deve togliere il suo effetto alla donazione del marito: senza dubbio le clausole del contratto devono tutt'e due applicarsi; sicchè riconoscendosi che la donazione del marito attribuisca alla moglie un bene parafernale, la prima clausola sarà per questo ristretta, ed esisteranno allora una regola ed una eccezione che devonsi eseguire, tranne non si dichiari il contrario.

II. — Dal dichiararsi nello artic. 1574 (1387) che dotali sono quei beni che seguendo la regola dotale, si costituiscono come tali, ne segue, come abbiam visto, che se adottandosi la regola dotale nel contratto, non si costituisca dote alla moglie, nè le si faccia donazione dal marito, vi sarà regola dotale di nome, senza beni dotali; e tutti i beni della moglie saranno parafernali. Su ciò non potrebbe sorger dubbio veruno, ma noi v'insistiamo per far rispiccare le falsità in cui è caduto uno scrittore.

Bellot des Minieres nel suo *Trattato* (titolo IV) offre un misto di stranezze su tal punto. Egli incomincia col dire (p. 14) che in questo caso i beni non saranno dotali ma parafernali, e che la regola sarà quella della *separazione dei beni*. E poi, poche righe dopo (p. 16), dice tutto al contrario, senza nemmeno far parola del suo mutamento, e come dimentico di ciò che avea scritto, che allora *tutti i beni presenti della moglie*, o in mancanza di questi i futuri, *saranno dotali*. E ritornando più sotto (pag. 451) sulle stesse idee, dice esser più ragionevole considerare come nullo un tal contratto, e dichiarare i coniugi soggetti *alla comunione legale*; eppure dopo la rigetta, ritornando alla seconda idea, dimostrando in più di quattro pagine (451-456) che adottandosi la regola dotale, senza costituir dote, si avranno gli stessi effetti come se la moglie *si fosse costituiti tutti i suoi beni*. E di tutto questo egli rende ragione con un solo motivo, il quale, benchè esposto in modi diversi, è sempre il medesimo, cioè, che non vi può esser regola dotale senza dote, e che adottandosi dalla moglie quella regola, essa necessariamente intende aver beni dotali, e che non avendo dichiarato tali questi o quei beni, si reputerà averli costituiti tutti (i presenti, o i presenti e futuri, secondo i casi).

Fra tante soluzioni così strane e contraddittorie, la prima è la sola vera (benchè non bene espressa dallo scrittore). È falso infatti che non potrà esservi regola dotale senza beni dotali. Vi sarebbe allora una regola dotale senza colore, che non ne merita pure il nome, riproducendo la regola di separazione di beni: ma è questo il pensiero della legge, come sorge chiaro dall'art. 1575 (1388) il quale indica quanta parte debba contribuir la moglie nei pesi del matrimonio, nel caso in cui *tutti i di lei beni fossero parafernali...* In tal caso non si dovrà dire, come fa Bellot, che *vi sarà separazione di beni*, bensì una regola dotale imperfetta, che *equivale* assolutamente alla *separazione di beni*.

Inoltre i guadagni risultanti dall'industria particolare della moglie formeranno dei valori parafernali, tranne non si indichi il contrario nel contratto. L'industria della moglie, come abbiamo detto altrove, costituisce un vero bene che produce frutti, e che potrà esser di non poco rilievo: essa da pittrice, virtuosa, danzatrice, drammatica può ricavare immensi guadagni. Or questo bene sarà soggetto alle medesime regole che gli altri: se si costituisce in dote nel contratto, o con una clausola speciale, o con una generale costituzione di tutti i beni, il marito ne toglierà i frutti; nel caso contrario esso sarà parafernale, e la moglie ne prenderà tutti i prodotti, come se separata di beni. Ma anderebbe

(IV-3037); Bordeaux, 3 aprile 1832; Aix, 19 gennaro 1844 (Dev., 33, 2, 34, 44, 2, 217). — *Vedi* intanto in senso contrario una decisione della Corte di Bordeaux del 30 apr. 1850 (Dev., 51, 2, 65).

altrimenti la cosa, se si trattasse di atti con cui la moglie avesse soccorso ed assistito il marito nel suo commercio o nella sua industria; poichè coteste sarebbero quelle sollecitudini e servigi che la moglie, in qualunque ipotesi dovrebbe usare verso la famiglia. Ma se si tratti d'una industria personale della moglie, come se ella traffichi per conto suo, allora sarebbe necessaria una costituzione di dote perchè il marito profitti degli emolumenti. Cotesto principio esposto brevemente, ma con molta precisione, da Zachariae (III, p. 565), potrebbe sembrar contraddetto da Troplong (IV-3016; ma secondo noi l'apparenza inganna. Il dotto magistrato, attribuendo al marito tutti i frutti cavati dall'industria personale della moglie, parla, a nostro avviso, nel numero 3016, come nei precedenti, della moglie che è propriamente sotto la regola dotale; e le due decisioni della Corte di Tolosa, una delle quali è invocata da Troplong, ammettono la nostra idea, giudicando che i frutti che ha ricavato la moglie dal suo traffico, appartengono ad essa, se il traffico è separato, e non siano atti fraudolenti con cui si comprano i vantaggi fatti dal marito alla moglie (1).

SEZIONE PRIMA.

DELLA COSTITUZIONE DI DOTE.

1542 (1355). — La costituzione della dote può comprendere tutti i beni presenti e futuri della donna, o soltanto tutti i suoi beni presenti, o una parte de' suoi beni presenti e futuri; o pure può avere per oggetto una cosa speciale.

La costituzione della dote, conceputa in termini generici, sopra tutti i beni della donna, non comprende i beni futuri.*

1543 (1356 M). — Durante il matrimonio la dote non può essere costituita nè accresciuta.**

SOMMARIO,

I. La costituzione di dote s' intende in senso stretto. Conseguenza per la costituzione universale (la quale si fa sempre dedotti i debiti). Conseguenza per quella che riguarda la porzione indivisa della moglie in un immobile. — La dote può anche promettersi a termine e con condizioni come qualunque altra obbligazione.

II. Durante il matrimonio, la dote non può nè crescere nè scemarsi a volontà dei coniugi; beni per altre cagioni. — La condizione di esser dotale o solo inalienabile la donazione fatta alla moglie che non si sia costituito i beni futuri, è nulla: grave errore di Duranton.

III. Per l'incontro la condizione di esser parafernale, e in generale qualunque condizione con cui si riserbi alla moglie il godimento dei beni, che dovrebbe avere il marito secondo la regola, sarà valida: controversia; risposta ai due contrari sistemi.

I. — Questi due articoli, il primo dei quali è stato già in parte spiegato sotto i

(1) Tolosa, 2 agosto 1827 (*alla sua data*).

* 17 sett. 1806. L. — La prammatica promulgata li 11 gennaro 1801, in vigor della quale le doti delle dame napoletane sono ristrette a duc. 15,000 è abolita.

— Un foglio addizionale ad un istrumento nuziale, formato nello stesso giorno, col quale si aumentino le obbligazioni del padre dello sposo, non può riguardarsi come un semplice atto di liquidazione di ciò che era convenuto nell'istrumento nuziale, ma come un'ampliazione della donazione nuziale. C. S. di Napoli, 11 giugno 1844.

** Il nostro corrispondente articolo 1356 è così concepito:

Durante il matrimonio, la dote non potrà essere costituita o accresciuta dai coniugi stessi. Costituendosi o accrescendosi da altri, ove consista in danaro non godrà della ipoteca legale se non dal giorno della inscrizione. Lo stesso avrà luogo se siansi dati fondi stimati con dichiarazione di trasferirsene la proprietà al marito.

due precedenti, si connettono intimamente con essi; ed a torto i nostri compilatori ne li han disgiunto, ed accoppiato invece in unica rubrica cogli art. **1544-1548** (**1357 1361**) che vanno sotto un altro ordine di idee.

La clausola di costituzione di dote devesi rigorosamente restringere al suo oggetto. Così, se la moglie costituendosi senz'altro tutti i suoi beni, non indichi in modo certo l'intenzione di render dotali quelli che le potrebbero dopo pervenire, la clausola avrà effetto, secondo il nostro articolo **1542** (**1355**), per i beni presenti, e non per quelli futuri i quali resteranno parafernali. Del resto, in qualunque modo si costituisca la dote, sia in modo generale, sia di tutti o di una parte dei beni presenti o dei futuri, avrà effetto, dedotti i debiti presenti o quelli che gravano i beni futuri, o una parte di questi debiti, in proporzione della parte dei debiti costituiti: *non sunt bona, nisi deducto aere alieno*. Se si costituissero in dote uno o più beni determinati, tal clausola non trae seco alcun obbligo di debiti: *patrimonî, non certarum rerum, aes alienum onus est.*

Parimente, se la moglie si costituisca in dote una porzione di un immobile ancora indiviso, che le appartiene, tal clausola potrà avere effetto solo per quella parte, quand'anche tutto l'immobile, per effetto della divisione o d'un atto che ne faccia le veci, pervenga poi alla moglie.

Ella in tal caso, retroagendo la divisione, si reputerà per legge avere avuto sempre e *ab initio* l'intera proprietà dell'immobile; ma siccome essa si è costituita la sola porzione che le apparteneva al tempo del contratto, o meglio che credeva di appartenerle (benchè poi divenga proprietaria dell'intiero), solo questa sarà dotale ed il rimanente parafernale. Ma non così se la moglie avesse dichiarato di costituirsi tutti i suoi beni presenti, o tutto quel che le appartiene, o il dritto che essa ha sullo immobile: allora sarebbe dotale o l'intiero immobile, o una parte di esso, o nulla, secondo i risultamenti della divisione. Ma se si sia costituita la *sua parte* nello immobile, non potrebbe estendersi mai allo intero la dote, quantunque possa allora nulla raccogliere, essendo costituita appunto sotto la condizione che una parte perverrà alla moglie, non potrà mai per lo incontro raccogliere lo intiero immobile (1).

Diciamo da ultimo, che l'oggetto della costituzione, applicandosi i principî generali, può lasciarsi all'arbitrio di un terzo, ed indicarsi alternativamente o facultativamente. Nel primo caso il terzo determinerà le cose che dovranno essere dotali; in caso di alternativa, sarà dotale quella cosa che vorrà la parte che ha la scelta; infine, se si prometta una cosa puramente e semplicemente, ed un'altra si lasci *in facultate solutionis*, sarà dotale quella cosa che colui il quale ha promesso avrà consegnata. La dote inoltre può anche promettersi a termine o con condizione.

II.—Il nostro art. **1543** (**1356 M**) proibisce, che si costituisca e si accresca la dote dopo il matrimonio, poichè l'art. **1395** (**1349**) vieta che si mutino, dopo la celebrazione, le convenzioni matrimoniali. In Roma e in molte nostre antiche provincie si permetteva, dopo il matrimonio, di accrescere o costituir la dote, e nella discussione de' nostri articoli il console Cambacérès fece vani sforzi per far che la legge si compilasse in quel senso; il principio della immutabilità delle convenzioni matrimoniali fu rigorosamente conservato.

Del resto, la legge qui intende parlare dello aumento convenzionale, e non già di quello che deriva dalla natura stessa delle cose. Così, se la moglie si abbia costituiti i suoi beni futuri, e le pervengano successioni, se lo immobile costituitosi in dote cresca per un alluvione, o si liberi da un usufrutto per la morte dell'u-

(1) Tessier (I, p. 276); Pont e Rodière (II 395); Troplong (IV, 3050); Limoges, 22 luglio 1835; Limoges, 9 marzo 1843 (Dev., 39, 2, 299; 44, 2, 64). — *Vedi* inoltre Cass., 10 lug. 1850 (Dev., 50, 1, 731).

ufruttuario; l'aumento della dote altro non che l'applicazione e la conseguenza delle onvenzioni matrimoniali: la legge non vuoe, nè potea volere, che le doti non poessero accrescersi, ma solo che non si ccrescessero dai coniugi (1). Viceversa, ssi non possono nemmeno scemarla, e arà nulla del tutto, secondo l'art. 1395 1349), qualunque convenzione con cui dihiarassero di torre il carattere dotale ad in bene che è o deve esser tale secondo l contratto.

Cotesta regola, per cui non si può apportar cangiamento alcuno alle convenzioni matrimoniali per quanto riguarda la dote, ia fatto sorgere due quistioni molto dibatute. e che si sono spesso, ma a torto, olute risolvere secondo il nostro articoo. Esse sono: 1° se si posson fare alla noglie, che non si abbia costituito i beni uturi, delle donazioni a patto che i beni ossero dotali; e 2° se si posson fare doiazioni, a patto che i beni fossero paraernali, alla moglie che si ha costituito in lote nel contratto i suoi beni futuri....... Se il nostro art. 1543 (1346 M) e l'art. 1395 1349) intendessero proscrivere qualunque nodificazione allo spirito del contratto di natrimonio, nata da qualunque causa, le lue quistioni si dovrebbero risolvere per il io; ma non è questo, come abbiam detto, il pensiero di tali articoli, i quali vietano i coniugi, ma non agli altri, di modificare le convenzioni stabilite nel contratto. l contratto di matrimonio se obbliga i conugi a non immutare in nulla il primitivo istema, non obbliga punto i terzi, i quali, olendo fare una donazione alla moglie, ossono a loro piacere, e senza badar menomamente alla regola adottata, apporvi jualunque condizione, purchè non contraia all'ordine pubblico. E di ciò fan pruova gli articoli 1401-1° e 1405 (TT), secondo i quali il donante può render proorî al coniuge donatario, dei beni che dovrebbero esser comuni secondo il contratto, e viceversa render comuni dei beni che dovrebbero esser proprî. La quistione infine è, se nelle ipotesi previste, siavi nulla che osti all'ordine pubblico, al che bisogna badare per risolvere le proposte quistioni.

Per il primo caso è fuor d'ogni dubbio che bisogna attenerci al sì: tutti infatti riconoscono che la condizione di esser dotali i beni dati ad una moglie, che non abbia costituito tali nel contratto i suoi beni futuri, è nulla e come non scritta, secondo l'art. 900 (816). Duranton (XV, 360) professa prima questo principio e poi lo distrugge, perchè, secondo lui, il donante può almeno stipulare la inalienabilità della cosa donata; ma è questo un errore inconcepibile. Abbiam detto sotto l'articolo 1497 (T), n. III, contro Pont e Rodière, Duranton ed altri, che gli artic. 1387 e 1497 (1341, T), non ostante le larghe facoltà che dànno ai coniugi per formare il loro contratto, non permettono loro però di rendere inalienabili i beni della moglie, se non costituendoli in dote. Ma quand'anche ciò si potesse fare nel contratto di matrimonio, non lo si potrebbe mai in altro atto, perchè non avrebbe più luogo il dubbio cavato da quegli articoli. E gli stessi scrittori Pont e Rodière, che avean seguito il primo errore di Duranton, si scagliano contro quest'altro, e per l'incontro *fan le maraviglie* perchè il dotto professore *non seppe in tal punto vedere addentro allo spirito del Codice*. E di fatti non si possono qui allegare gli art. 1387 e 1497 (1341, T); nè havvi qui sufficiente ragione, o pretesto qualunque per indurne che si sia derogato al gran principio del libero movimento dei beni. La condizione adunque sarà come non scritta, e la donazione diverrà pura e semplice secondo l'art. 900 (816) (2).

III. — La seconda quistione, per cui tre

(1) *Vedi* Pont e Rodière (II-415); Proudhon (*Usufrutto*, IV-1923, 2011, 2683); Benoît (I-677); Troplong (IV-3037). — Ma si è detto il contrario dei benefici della industria o del talento della moglie *in uno stabilimento del marito*, i quali vantaggeranno quest' ultimo. Tolosa, 17 dicembre 1833 (Dev., 32, 2, 585). — *Vedi* quel che abbiamo detto sopra, art. 1541 (1354), n. II, *in fine*.

(2) *Vedi* Merlin (*Rep.*, alla parola *Dote*, § 2, 14); Tessier (I, p. 47); Toullier (XIV-62 e 63); Bel-

sistemi si son presentati, deve secondo noi risolversi per la validità della convenzione. E veramente in che sarebbe egli mai contrario all'ordine pubblico, che una moglie, la quale nel contratto abbia dichiarato dotali tutti i suoi beni, possegga poi oltre il suo patrimonio, per la liberalità di un terzo (che non vuole divenga dotale quel che ci dona), un bene parafernale?...

Se si parlasse di un donante, di cui è la moglie erede legittimaria, e di cosa che faccia parte della sua legittima, il marito potrebbe senza dubbio, come avente-causa della moglie, e per ottenere il godimento a cui ha dritto in forza del contratto, fare annullare la donazione, affinchè la cosa pervenga alla moglie per successione *ab intestato* e senza condizione: ma la nostra ipotesi riguarda un bene disponibile. Inoltre se si volesse togliere al marito l'amministrazione del bene, lasciandogliene il godimento, la dignità e l'autorità sua ne scapiterebbero molto, e si contraffarrebbe all'ordine pubblico (articolo **1389** (**1343**), n. VI); ma se la moglie debba amministrare e godere del bene, siccome con ciò altro non si farebbe, per alcuni beni di lei, che quel che i coniugi avrebbero potuto fare nel contratto per tutti; ove sarebbe più la condizione contraria all'ordine pubblico?... Pont e Rodière (II-**411**), e specialmente Vatimesnil in un pregevole parere (Devill., **42**, **1**, **513**), intendono provare che si urti ai buoni costumi, e quindi che sia nulla la condizione, con un argomento molto specioso in vero, e al quale noi non sapremmo comprendere come nissuno si sia levato a rispondere, e nemmanco Troplong. Il quale argomento, che si applica tanto per la regola di comunione o di esclusione di comunione, che per la regola dotale, è una esagerazione di idee che son vere per se stesse.

« Il godimento libero che ha una donna » maritata di tutte o di una parte delle sue » rendite, è questo sottosopra quel che si » dice, presenta, secondo i casi, moltissimi » inconvenienti; l' insubordinazione della » moglie, il disprezzo dell' autorità mari- » tale ed altri disordini. Colui che ha spo- » sato una donna con una regola che la- » scia al marito il dritto di percepire e spen- » dere le rendite, non avrebbe forse con- « sentito, per il carattere di lei, di torla » in moglie con una regola che la lasciasse » padrona d' una parte delle sue rendite. » Potrebbe forse un terzo mettere in una » famiglia la causa di disordine che un ac- » corto marito ha saputo allontanare, e che » avrebbe impedito la unione? Certo da tal » condizione non nasceranno sempre quelle » sinistre conseguenze; ma basta che pos- » sono nascere, perchè la si debba dichia- » rare illecita ».

Non potremmo noi ammettere cotale inferenza. E in prima, quando pure si dovesse pensare a cotesti inconvenienti che possono per eccezione aver luogo, non perciò si debbono trasportare al marito, come pretendono Vatimesnil, Pont e Rodière, le rendite donate alla moglie. Supposto che non debba averle la moglie, con qual dritto se ne vorrebbe arricchire il marito ogni anno, e farne acquisti che resterebbero a lui (per l'intero, se vi fosse esclusione di comunione o regola dotale, e per metà se vi fosse comunione) a lui cui nulla si volea donare? Bisognerebbe dunque seguire il sistema mezzano di Delvincourt (nota 3 dell'articolo **1401** (T)) e di Sèrizial (n. 21), secondo i quali le rendite dovrebbero essere messe a capitale durante il matrimonio, onde poi darsi alla moglie allo scioglimento. In tal modo la sola moglie si avvantaggerebbe della liberalità, come deve essere in ogni ipotesi, e verrebbero meno i temuti pericoli, e il marito non prenderebbe un usufrutto in forza d'una donazione da cui gli vien negato. Ma dobbiamo noi spingerci sino a questo punto; e si è nel

lot (IV, p. 37); Benoît (I-29); Pont e Rodière (II-410); Troplong (IV-3038-3064). — *Vedi* pure una Nota di Devilleneuve sopra una decisione di Caen, del 18 dicembre 1849 (50, 2, 497). — Non fa mestieri di dire che il donante potrà sempre ottenere che il marito goda del bene (il che è conseguenza della regola dotale), prendendone l' usufrutto per tutto il tempo del matrimonio, e lasciandone la nuda proprietà alla moglie.

caso di sacrificare anche in parte la volontà del disponente ai pericoli che possono avvenire; in altri termini, è realmente illecita la condizione di godersi dalla moglie la cosa donata durante il matrimonio? Noi crediamo di no. Può darsi, si dice, che in un dato caso, e per il carattere della fidanzata, sarebbesi rinunziato piuttosto alla unione, anzichè consentito che la moglie potesse disporre delle rendite di un solo suo bene.

Ciò può avvenire, ma come un'eccezione; o la legge non dee aver cura che dei fatti generali e comuni della vita, *de eo quod plerumque fit*; i matrimonî, la Dio mercè, non si contraggono con questa estrema diffidenza. La legge non vuole che il marito usi verso la moglie dei provvedimenti di rigore, che spesso riescono al male, ma che egli cerchi le sue garanzie e i mezzi di tenerla in freno nelle massime ad essa incultate, nella educazione che ha ricevuto, nella direzione e nel buon esempio che egli medesimo le porgesse. Quindi il contratto di matrimonio che desse al marito il godimento di tutti i beni della moglie, deve intendersi sempre come un principio capace di eccezione per le liberalità fatte con una condizione contraria. Così una comunione universale di tutti i beni presenti e futuri non potrebbe comprendere i beni donati ad uno dei coniugi colla condizione di rimanergli proprî. E se mai una clausola si facesse apporre dal marito di amministrare e godere egli dei beni che sarebbero donati alla moglie con una contraria condizione, dovrebbe sempre prevalere la clausola della donazione; non la volontà dell'uomo, ma la legge forma i principî d'ordine pubblico. Senza di che ove ne andremmo noi? Se mai un futuro coniuge, applicando al capitale il principio dei nostri avversarî, che « le ricchezze corrompono specialmente le donne », non volesse in moglie una donna più ricca di lui, la quale potrebbe ripetergli ad ogni momento che le sostanze della casa son sue, ed avrebbe intollerabili pretensioni, potrebbe egli stipulare utilmente che la moglie nulla potrà ricevere per successione o donazione oltre una determinata somma? Certo che no; coteste clausole sarebbero nulle, perchè attentano alla libertà e creano incapacità che la legge sola può stabilire. Non si dimentichi, come si è fatto nel sistema contrario, che la moglie è incapace di ricevere una donazione non autorizzata dal marito, ovvero dal magistrato (articolo 217, 219 (207, 208)); il marito dunque potrà negarsi e far mantenere, se ragionevole, il suo rifiuto dai magistrati.

In breve, ogni persona che non sia dichiarata incapace dalla legge, può ricevere una donazione; le condizioni apposte ad una donazione non contrarie all'ordine pubblico debbono eseguirsi. La sola legge, non la convenzione dell'uomo, può stabilire un principio d'ordine pubblico; or non è tale il godimento che ha il marito dei beni della moglie, essendo una delle convenzioni che si può adottare o rigettare dai coniugi. Pertanto a buon diritto la dottrina e la giurisprudenza hanno dichiarato valida la condizione di cui ci siamo occupati (1).

Delle costituzioni (dotali o no) fatte dai genitori sotto la regola dotale.

I. — Il Codice passa qui ad un altro ordine d'idee, ma sotto la stessa rubrica. Si stabiliscono gli effetti delle donazioni di dote fatte (o alla figlia o al figlio che si maritino sotto qualunque regola) dal padre e dalla madre viventi sotto la regola dotale; la quale è riguardata qui, per rispetto ai genitori dotanti, qualunque sia il sesso del figlio e la regola da lui adottata. (*Vedi* le osservazioni che precedono l'art. 1438 (T)).

(1) Proudhon (*Usuf.*, num. 283 286); Toullier XII-142); Duranton (XIV-130); Tessier (I, p. 48); Bellot (IV, p. 40); Dalloz (*Rep.*, X, p. 299); Zachariae III, p. 568); Troplong (I-68); Parigi, 27 gennaro 1835; Parigi, 27 agosto 1835; Nîmes, 18 giugno 1840; Tolosa, 20 agosto 1840; Rig., 9 maggio 1842; Parigi, 5 marzo 1846; Aix, 16 luglio 1846 (Dev., 35, 2. 65 e 518; 41, 2, 11 e 114; 42, 1, 513; 46, 2, 149 e 402). — *Vedi* inoltre una decisione di Nîmes del 18 gennaro 1830 (Dev., 30, 2, 141).

1544 (1357).—Se il padre e la madre costituiscano unitamente una dote senza distinguere la parte di ciascuno, s' intenderà costituita in parti eguali.

Se la dote sia costituita dal solo padre per tutti i diritti paterni e materni, la madre, quantunque presente al contratto, non vi sarà obbligata; e la dote resterà per intero a carico del padre.*

I. — In Roma, come in molti dei nostri paesi di dritto scritto, il padre era per legge obbligato di dotar la figlia, la quale poteva anche costringerlo giudiziariamente. Cotesta regola, propria della barbarie di quei tempi, che suppone nei genitori un'avarizia ed una insensibilità, che non si affà coi moderni costumi, è stata abrogata dal Codice (art. 204 (194 M)) (1), il quale, generalizzando la contraria regola del nostro dritto consuetudinario, vuol confidare intieramente nella affezione dei genitori.

I genitori, siano sotto il sistema dotale o vivano in comunione, sono governati dalla stessa regola, ma non in tutto; poichè in questo art. noi vediamo stabilito un principio che differisce da quello per i genitori che vivono in comunione, sanzionato nell'articolo 1439 (T). Infatti il marito in comunione, se dà solo la dote sopra i beni comuni, obbliga la moglie insieme con lui; per l'incontro essendo sotto la regola dotale obbligherebbe se medesimo soltanto, quando anche nel contratto avesse detto di dar la dote sopra i beni paterni e *materni*, o di dotare egli *e la moglie*, e quand' anche questa fosse presente e sottoscrivesse il contratto. Qui il marito non ha la qualità di agire in nome della moglie, come quando è in comunione di beni ed agisce come capo e dispositore di essi beni. Egli qui non può obbligar la moglie; la quale è stata presente ed ha sottoscritto, forse per il suo stato di soggezione, o perchè ha voluto far parte del contratto di matrimonio del figlio: il marito quindi in tal caso dovrà risponder solo della dote promessa. Per l'incontro egli, e con più ragione, non sarebbe nemmeno obbligato se la moglie sola sia intervenuta nel contratto: essa dovrà rispondere dell' intera dote. Inoltre, se i coniugi maritati sotto la regola dotale fossero in società di acquisti, ed avessero costituita la dote sopra questi beni, in tal caso si applicherà l'art. 1439 (T).

II. — Se però ambi i coniugi prendessero parte nel contratto e dichiarassero di dotare il figlio. essi saranno tutti e due obbligati, ciascuno in metà, per la parte che sarà indicata nel contratto; ovvero, infine, se si fossero obbligati solidalmente, l'uno dovrà rispondere della parte dell'altro (2).

1545 (1358). — Se il padre o la madre superstite costituisca una dote per beni paterni e materni, senza specificarne le porzioni, la dote si prenderà primieramente sopra i diritti spettanti alla futura sposa nei beni del genitore premorto, ed il rimanente su' beni del dotante.

1546 (1359). — Benchè la figlia dotata dal padre e dalla madre abbia beni propri de' quali essi godono l'usufrutto, la dote si prenderà da' beni de' dotanti, se non vi sia stipulazione in contrario.

* — Qualora il padre prometta, paghi la dote e ne stipuli a suo favore il ritorno, non ha luogo la presunzione di essersi costituita metà per ciascuno de' coniugi. C. S. di Napoli, 3 agosto 1852.

(1) Rig., 10 dicembre 1842 (Dev., 43, 1, 335).— *Vedi* pure Pont e Rodière (I, 88); Demolombe (IV-10).

(2) Orléans, 5 dicembre 1842 (Dev., 46, 2, 1); Roussillhe (*Della dote*, II-664) e Tessier (I, p. 130 nota 233); Pont e Rodière (I-95). — *Vedi* inoltre Odier (III-1132).

SOMMARIO.

I. Principio stabilito dall'art. 1546 (1359).
II. Schiarimenti sull' art. 1545 (1358). La sua ultima disposizione si applica ai genitori viventi sotto la regola dotale : si dissente da Demante.

I. — Il secondo di questi due articoli contiene l' idea generale svolta ed applicata nei suoi particolari dal primo. Dall'ultimo dunque noi diam principio alle nostre osservazioni.

L'avere il figlio beni personali, ed esserne i genitori usufruttuarî e detentori, non permetterebbe di pieno dritto, e senza una dichiarazione *ad hoc* nel contratto, d'imputare su tali beni la dote che il padre e la madre o l'un d'essi costituiscono. Quando il padre adunque il quale si gode o come usufruttuario legale, o altrimenti i 50,000 franchi appartenenti alla figlia pervenutile o dall'eredità della madre premorta o da qualche parente o amico, dichiari senza altro, di costituire alla sua figlia una dote di 50,000 fr., non si può intendere che ei parli delle somme ad essa appartenute, se così fosse, il padre ingannerebbe la figlia ed il futuro genero; dappoichè non si dà una dote quando si lascia al figlio ciò che gli è proprio. Se dunque il padre vuol dar solo i beni della figlia e nulla *de suo*, bisogna, secondo il nostro art. 1546 (1359), che faccia una stipulazione *ad hoc*.

II. — Or evvi cotesta espressa stipulazione quando l' uno degli autori costituisca la dote per beni *paterni e materni*, o in altri termini equivalenti, alla figlia che ereditava dei beni dall' altro suo autore. Così pure se il padre o la madre o l'uno di essi dichiarassero di costituir la dote tanto coi beni del figlio che con beni loro proprî, quando vivano entrambi i genitori ed il figlio abbia beni che gli sono pervenuti per qualunque causa. In questi casi diversi si seguirà, se mai nel contratto è indicata, la proporzione in cui contribuiranno i beni del figlio, e quei di colui che costituisce; e se i beni del figlio non bastassero a fornire la porzione ad essi beni attribuita, dovrà compirla il costituente: se il padre ha promesso 100,000 fr., da prenderne metà sulla successione materna, o su i beni del figlio, i quali ammontano a 45,000 fr., egli sarà obbligato darne del suo 55,000, dappoichè pria d'ogni cosa bisogna fornire la promessa somma. Se nel contratto non si indichi quanto debbano contribuire gli uni e gli altri beni, seguesi la regola posta come principio assoluto nel nostro art. 1545 (1358), la quale non si sarebbe sempre applicata se il Codice, tacendo su tal proposito, consentisse al giudice d'interpretare la clausola secondo le circostanze: si toglierà in prima la dote su tutti i beni del figlio, e il dippiù si pagherà dal sopravvivente. Adunque se il padre ha promesso in tal modo 100,000 fr. e la figlia ne ha soli 40,000, ne darà egli 60,000; se la figlia ne ha 90,000, il padre ne contribuirà 10,000; se essa ne ha 100,000 o più, il padre non darà nulla. Un tal risultamento non è da ammettersi; poichè allora non si costituisce la dote di beni paterni e materni, ma esclusivamente di beni materni. Pure si era creduto dalla Corte di Poitiers nel 1825, che avendo promesso il padre di dar la dote, tanto da parte sua, che sull'eredità materna, si dovesse metter da banda tal regola e far contribuire in metà ciascuno dei patrimonî. Ma poichè trattavasi di genitori viventi sotto la regola dotale, violavasi il nostro art. 1546 (1359) il quale stabilisce qui, come regola assoluta, che ove si costituiscano beni paterni e materni, colui che costituisce deve dare *de suo* il necessario, e quando non basti la eredità del coniuge. A ragione dunque la decisione di Poitiers è stata cassa dalla Corte suprema il 17 dicembre 1828.

Del resto essendo tal regola stabilita solo qual principio assoluto per le costituzioni fatte dai genitori che vivono sotto la regola

dotale, ne segue che essendo essi in comunione, i giudici del fatto sarebbero liberi di interpetrare altrimenti la clausola del contratto, in modo che non si può qui ammettere l'idea di Demante (prog. III, nota 214), secondo cui i nostri due articoli, benchè non dettati come il precedente, per i genitori sottoposti alla regola dotale, devono applicarsi in ogni circostanza, per analogia, e come ragione scritta. Ciò sta bene per le altre disposizioni di questi articoli, che sanzionano delle idee razionali da seguirsi quand'anche non fossero del Codice; ma quella di cui trattiamo può in taluni casi non essere in armonia colla ragione, non soddisfacente per la coscienza del giudice, siccome lo mostra la decisione di Poitiers; per cui il magistrato, non trattandosi più di genitori viventi sotto la regola dotale, può liberamente interpretare il contratto in modo più conforme alla verità.

Della garanzia e degli interessi della dote.

1547 (1360). Coloro che costituiscono una dote, son tenuti a garentire i beni assegnati in dote.

1548 (1361). — Gl'interessi della dote decorrono *ipso jure* dal giorno del matrimonio contra coloro che l'han promessa, quand'anche siasi pattuita una dilazione al pagamento, se non vi sia stipulazione in contrario.

I. — Questi due articoli riproducono identicamente l'articolo **1440** (T). Si è visto in quest'ultimo, come la donazione per causa di dote partecipi dei contratti a titolo gratuito ed a titolo oneroso, e produca sotto tale ultimo aspetto il doppio dritto di garanzia e di interesse da noi spiegato abbastanza.

Ma il doppio carattere d'atto gratuito ed oneroso che hanno le costituzioni di dote fatte da terzi, non esiste in quella che la moglie fa a sè stessa: allora l'atto è meramente e semplicemente a titolo oneroso, dappoichè la moglie non fa una donazione, ma trova l'equivalente di quel che essa lascia al marito, cioè del godimento dei beni costituiti coll' obbligo di sostenere i pesi del matrimonio. Segue da ciò, che non solo il marito ha dritto alla garanzia ed agli interessi contro la moglie, siccome questa lo ha contro il suo donante nel caso di donazione, ma bensì che il profitto da lui ricavato dal godimento dei beni della moglie non sia un vantaggio sottoposto alle regole delle liberalità. I figli dunque di un precedente matrimonio della moglie non potrebbero chiederne la riduzione, nè sarebbe tenuto a conferirlo il marito, se fosse uno dei coeredi della moglie.

II. — Se quando un terzo costituisce la dote alla moglie, il contratto è gratuito ed oneroso in uno, si fa tosto tra il marito e la moglie un altro contratto puramente oneroso, come la costituzione che fa la moglie a se stessa. Infatti, nel mentre si trasmette dal terzo la proprietà della cosa alla moglie, questa ne conferisce al marito il dritto di godimento; dunque dalla moglie e non dal terzo costituente ha il marito il suo dritto.

Derivano da ciò, tra le altre, due considerevoli conseguenze; la prima, che il marito, ove soffra evizione potrebbe domandare personalmente la garanzia contro la sola moglie, potendo solo rivolgersi contro colui che ha costituito, quale avente-causa della moglie e in forza dello artic. **1166** (**1119**); d'onde ben chiaro si rileva l'errore di Delvincourt, già notato sotto l'articolo **1440** (T), cioè che il regresso per la garanzia contro il costituente spetti al marito e non alla moglie. — La seconda conseguenza si è, che ove la donazione fosse impugnata come fraudolenta dai creditori del costituente, la rescissione pronunziata contro la moglie non potrebbe estendersi al dritto d'usufrutto del marito, se non quando si provi che costui era a parte della frode, poichè contro lui, sotto-acquirente a titolo oneroso, può avere effetto la re-

cissione soltanto se egli abbia agito con frode, come noi altrove provammo contro Zachariae (articolo 1167 (1120), numero IV).

SEZIONE II.

DEI DRITTI DEL MARITO SU I BENI DOTALI, E DELLA INALIENABILITA' DEL FONDO DOTALE

1. Dritti del marito su i beni dotali.

1549 (1362). Il solo marito ha l'amministrazione de' beni dotali durante il matrimonio.

Egli solo ha diritto di chiamare in giudizio i debitori e detentori de' beni dotali, di riscuoterne i frutti e gl'interessi, e di esigerne i capitali.

Ciò non ostante può convenirsi nel contratto nuziale che la moglie riscuoterà annualmente, colla semplice sua quietanza, una parte delle sue rendite pel suo mantenimento e pe' bisogni della sua persona.*

SOMMARIO

I. Il marito ha il dritto di amministrare e di godere. Rimandi per parecchi punti.

II. Il marito non è, come in Roma, proprietario dei beni dotali, ma ha sempre i medesimi dritti esorbitanti di amministrazione: errore di due decisioni; altro errore di Proudhon e Toullier.

III. Ma egli non può, come un tempo, domandare la divisione dei beni dotali, la quale deve sempre farsi giudiziariamente. — Discordanza tra la giurisprudenza e la dottrina.

IV. Egli può far transazioni, se non racchiudano alienazione: errore di Tessier.

I. — I due primi paragrafi di questo articolo conferiscono al marito due importanti dritti sui beni dotali della moglie, i quali sono espressi confusamente e senza metodo; quello di amministrazione di cui tratta il primo paragrafo, e in gran parte il secondo, e quello di godimento che trovasi nel secondo confuso tra gli elementi del dritto di amministrazione. È chiaro in fatti che il dritto di *perseguire i debitori e i detentori*, esercitando le varie azioni, e quello *di ricevere i capitali*, fan parte del dritto di amministrare, come specialmente abbiam visto nel titolo della *Tutela*. Il dritto di *percepire i frutti*, preso alla lettera, sarebbe anche un elemento del dritto di amministrazione, ma è noto e provato dagli articoli 1540, 1562, 1571, 1576 (1353, 1375, 1384, 1389), che la legge con tai termini ristretti non intenda il solo dritto di *percepire i frutti*, bensì quello di conservarli, appropriarseli, ossia il dritto di godimento dei beni.

Ritorneremo a parlare di tal dritto specialmente sotto l'art. 1571 (1384). Nell'articolo 1553 (1366) discorreremo dello impiego dei capitali ricevuti. Infine, il nostro terzo paragrafo che riguarda la clausola che limita in vantaggio della moglie il dritto di godimento del marito è stata spiegata sotto l'art. 1534 (T), n. 1. Abbiam dunque solo qui ad insistere sulla natura affatto speciale ed esorbitante del dritto di amministrazione che si conferisce al marito sotto la regola dotale.

II. — In Roma il marito era dichiarato proprietario della dote, *dominus dotis*. Il suo dritto di proprietà sui beni dotali, in faccia all'altro che apparteneva sempre alla moglie, era ben difficile a spiegarsi e determinarsi, come ne fan fede le interminate dispute degli interpetri.

Che una cosa rimanga giuridicamente proprietà della moglie, e divenga anche

* L'azione del marito a chiedere la dote promessa sussiste, ancorchè la moglie sia succeduta al dotante. C. S. di Napoli, 25 sett. 1824.

giuridicamente proprietà del marito, la è una idea non così semplice, come avvisa Troplong (IV, nn. 3097-3104); e si noti che Cujacio e Donello, creduti unanimi su tal punto dal dotto magistrato, dicono diffinitivamente, l'uno che il marito non è proprietario naturale ed in fatto, ma solo *jure civili*; l'altro, che non lo è nè *jure naturali* nè *jure civili*. Checchè ne sia, per dritto romano avea sempre il marito il titolo di proprietario dei beni dotali, come rilevasi dai testi; e come conseguenza di questa qualità spieganzi i suoi dritti esorbitanti di amministrare e di disporre. Ma questa proprietà, che hanno insieme il marito e la moglie, poco intelligibile in Roma, non può comprendersi affatto sotto il nostro Codice civile, in cui non è ammessa la distinzione romana di due proprietà, l'una *quiritaria*, l'altra *bonitaria*. Ed è cosa molto arbitraria e da non potersi ammettere oggi l'idea di Troplong (n. 3173) di un dominio *superiore* e *naturale* e di un altro *civile e inferiore*, spettante il primo alla moglie, il secondo al marito. Infatti il Codice non chiama mai il marito proprietario dei beni dotali, ma l'assomiglia all'usufruttuario (artic. 1562 (1375)), e riguarda sola proprietaria la moglie, tanto che l'alienazione, se per eccezione è possibile, non si fa dalla moglie e dal marito, ma dalla *moglie* autorizzata solo dal marito (art. 1555-1556 (1368 M-1369), diventando costui proprietario, in taluni casi speciali, che suppongono e confermano una diversa regola (artic. 1551-1552 (1364 e 1365); per cui sarebbe contrario alla teoria legale non che all'uso, attribuire oggi al marito la qualità di proprietario dei beni dotali, come lo vuole Troplong (n. 3102). I dritti che la legge romana attribuiva al marito, e che il Codice gli conserva, debbono spiegarsi coll'idea di un estesissimo mandato, conferito a lui per agire in nome della moglie. Il marito non è nè un amministratore ordinario, nè un usufruttuario ordinario, egli ha un dritto *sui generis*, e molto più esteso di quello dei due primi: ma non per questo è proprietario.

Ma ciò, come vedesi, è quistione di parole e di esattezza di linguaggio; le cose son sempre quali in Roma. Il nostro legislatore non ha immaginato un nuovo sistema di regola matrimoniale, egli ha inteso sanzionare l'antica regola dotale, tale qual'è sempre stata. I dritti che avea il marito, derivano oggi dal mandato che la legge nella sua onnipotenza gli conferisce, e non già da un dritto di proprietà incompatibile colla nostra legislazione.

Il solo marito ha qualità per intentare le azioni dotali, qualunque si siano, anche immobiliari petitorie. Egli solo, dice il nostro art. 1549 (1362), ha la cura di amministrare, il dritto di perseguire, sì i debitori (con l'azione personale), che i detentori (con l'azione reale). Il marito in comunione può soltanto intentare, riguardo ai beni proprî della moglie, le azioni mobiliari, e le immobiliari possessorie, ed il marito sotto la regola dotale esercita solo tutte le azioni. Egli solo, non già la moglie, può *perseguire i detentori*, ed è grave errore il credere, come Proudhon (*Usuf.*, III, 1234) e Toullier (VII, 390 e 393), che si diano al marito sotto la regola dotale ampie facoltà solo pel diritto di godimento; che a mo' di esempio, la cosa giudicata con lui in una azione di rivendica avrebbe efficacia in faccia a lui e solo per il diritto di godimento, essendo la moglie, pel suo diritto di proprietà, un terzo non rappresentato in giudizio, e che per ciò può attaccarlo con opposizione di terzo. È ciò un inganno. Così come il marito agisce pel godimento *proprio nomine*, del pari per la proprietà agisce in nome e qual rappresentante legale della moglie, che non può far da sè sotto la regola dotale (1).

Dappoichè il marito rappresenta la moglie per intentare l'azione e per domandare, con

(1) Duranton (XV-393); Bellot (IV. p. 64); Benoît (I-105); Zachariae (III, § 535, nota 9); Pont e Rodière (II-479); Troplong (IV-3005), Odier (III-1177); Limoges, 4 febb. 1822 (Dev., 22, 2, 247. Purnondimeno *vedi* Lione, 16 gennaro 1834 (Dev., 35, 2, 52).

più ragione la rappresenta per difenderla; è grave errore ciò che han detto due decisioni (1), che i terzi debbon dirigere l'azione contro il marito in uno e contro la moglie, poichè l'azione dee rivolgersi *contro il proprietario*, che è appunto la moglie. Ma intendiamoci: l'azione deve dirigersi contro il solo, o dal solo proprietario il quale può agire da sè; dal o contro il proprietario e insieme da colui che lo assiste, se quegli ne ha bisogno, come la moglie in comunione; infine dal o contro il rappresentante del proprietario, quando questi è incapace di agire, ed in sua vece è incaricato un mandatario legale siccome il tutore pel suo pupillo (articolo 464 e 465) 387 e 388)). Nel mentre, secondo le regole di diritto romano sanzionate dal nostro articolo, il solo marito, come lo riconoscono i medesimi testi, può agire da attore, con più ragione può agire da convenuto, ed ei solo deve esser citato (2).

III. — Il marito può esercitare, anche nel caso di una divisione il dritto di agire da attore e da convenuto?

Niuna ragione da dubitarne, se deve difendersi contro un' azione; cotal diritto, ammesso sempre, è stato dal Codice sanzionato. Ma può anche agire da attore? Il più degli scrittori rispondono del sì, fondandosi sul dritto romano che ricusava la azione al marito, per la natura *attributiva* della divisione, che era un atto di *alienazione*, di sorta che il nostro dritto francese, adottando un principio contrario e resa la divisione semplicemente dichiarativa (883 (803)), ne risulta, dicono, che l' azione della divisione sia pari ad ogni altra reale azione, e debba spettare al marito (3). Respingono altri tale inferenza, traendo argomento dall'art. 818 (737), il quale non permette che il marito provochi senza il concorso della moglie la divisione dei beni che non entrano nella comunione. Ma si risponde non essere applicabile alla regola straordinaria della dote quell' articolo scritto quando si era deciso di togliere la regola dotale e gli esorbitanti dritti che essa dà al marito. Ammessi e sanzionati tali dritti dal nostro art. 1549 (1562), il nuovo principio sulla natura legale della divisione non fa rientrare l' azione di divisione sotto la regola di esso articolo? Noi abbracciamo il contrario parere per il solo fatto che il dritto di cui trattasi non è mai spettato al marito, e che il Codice ha voluto serbare la regola dotale perfettamente qual'era. Il dritto negavasi altra volta al marito per un principio in oggi mutato; ma esso non esisteva, e noi non crediamo che il nostro legislatore, il quale suo malgrado ha ammesso la regola dotale, abbia voluto estenderla più di quanto era. La legge è alquanto illogica, dappoichè si nega al nostro articolo 1549 (1362) una conseguenza che per la nuova natura della divisione dovrebbe produrre; ma non è da recar meraviglia, essendo illogico lo stesso articolo che ammette le conseguenze di un principio che più non esiste, cioè nel marito la qualità di proprietario dei beni dotali della moglie. Vuole la legge che la regola dotale sia oggi quella che sempre è stata; e la ritiene come un nuovo sistema non in accordo con le altre disposizioni, e le cui regole speciali devono spiegarsi colle tradizioni del passato; e quando per una prima inconseguenza si conservano al marito i dritti dell' antico sistema, non può sorprenderci che per un'altra gli si neghi un dritto che non ha mai avuto. Con ragione adunque le decisioni ricusano al marito il dritto di promuovere, senza il concorso della moglie, la divisione di beni dotali indivisi (4).

Il cambiamento della natura legale della

(1) Bordeaux, 16 marzo 1827; Riom, 28 gennaro 1844 (Dev., 46, 2, 17).

(2) Merlin (*Rep.*, alla parola *Potestà maritale*, sez. 2, § 3, art. 3, 8); Tessier (I, p. 139); Troplong (IV-3107); Zachariae (III-570); Pont e Rodière (II-482).

(3) Delvincourt (III), Benoît (n. 117); Dalloz (cap. 2. sez. 2, 4); Troplong (IV-3110); Chardon (*Potestà maritale*, 253).

(4) Agen, 14 febb. 1809; Parigi, 14 luglio 1845; Rig., 21 gennaro 1846 (Dev., 36, 2, 323; 45, 2, 301; 46, 1, 263). — Duranton (XV-395); Toullier

divisione non può modificare le antiche regole del sistema dotale, che deve sempre seguirsi quale era, per cui la divisione potrà farsi dal marito e dalla moglie insieme giudiziariamente. Non ostante la contraddizione degli scrittori, una costante giurisprudenza ha pure deciso in tal modo (1).

IV.—Il marito sotto la regola dotale, investito d'un dritto esorbitante d'amministratore, è a ragione incaricato degli atti di semplici amministrazione; quindi dee fare gli affitti dei beni dotali, e seguire le prescrizioni degli artic. 1429 e 1430 (1400 e 1401). Ma può egli pure transigere? Tessier (1, nota 5) risponde del no, fondandosi sul principio dell' articolo 2045 (1917) che non dà il dritto di transigere a quei che non han la capacità di disporre. Ma la regola dotale è governata da disposizioni speciali, le quali devonsi studiare nelle tradizioni del passato, non nei principi morali del Codice. In tutti i tempi si è fatta una giusta distinzione per le transazioni consentite dal marito sotto la regola dotale. Nonostante l'adagio *qui transigit alienat*, la transazione non è sempre un atto di alienazione; spesso la convenzione che ha per fine di sospendere o prevenire un litigio con delle reciproche concessioni, può essere dalla parte del marito sotto la regola dotale un atto di buona amministrazione, in cui non vi è nè alienazione nè scemamento di dote. In conseguenza si è sempre ammesso che il marito possa transigere, purchè non alieni i beni dotali (2). È questa la regola che bisogna sempre seguire, come han fatto gli scrittori e la giurisprudenza (3).

1550 (1363).—Il marito non è tenuto a prestar cauzione per la dote che riceve, se non vi sia stato obbligato col contratto di matrimonio.

SOMMARIO

I. Differenze tra il marito sotto la regola dotale e l'usufruttuario. Si censurano due inesatte idee di Mourlon.

II. Il dritto del marito è un usufrutto con regole speciali; è un dritto reale: errore di Toullier.

I.—L'usufruttuario ordinario è obbligato di dar cauzione, tranne non ne sia dispensato dall'atto costitutivo; ed il marito invece ne è dispensato di pieno dritto, tranne che nel contratto non vi sia una espressa clausola contraria, di cui ben pochi esempi abbiamo.

Cotal regola non deriva dal danno che ne verrebbe al credito pubblico, se essendo obbligati i mariti a prestar cauzione, la metà della società fosse garante dell'altra. Il favore del credito pubblico non impedì che Giustiniano, e dopo lui il nostro legislatore, dichiarasse soggetti in favore della moglie all'ipoteca legale (ed occulta) i beni di tutti gli uomini maritati, cioè di quasi tutta la società!

Ma con tale ipoteca il marito garantisce sè stesso; mentre se si porrebbe come regola legale, che la moglie la quale si concede al marito debba essere garantita da un terzo, ciò sarebbe un insulto al marito, un inconveniente diffidenza da cui potrebbe nascere grave discordia. Per tale ragione Giu-

(XIV-156); Chabot (art. 818, 3); Proudhon (III-1245); Bellot (IV-137, 412); Malpel (*Succ.*, 244); Vazeille (art. 818, 3); Tessier (II-838); Pont e Rodière (II-484); Odier (III-1811).

(1) Bordeaux, 11 febb. 1836; Pau, 26 marzo 1836; Rouen, 4 dicembre 1838 e 23 giugno 1843; Caen, 9 marzo 1839 (Dev., 36, 2, 431; 38, 2, 751; 43, 2, 416; 39, 2, 351). *Contra* Tessier (I-412); Pont e Rodière (II-565); Troplong (IV-3112).

(2-3) Voet (*De transact.*, C. 2, 15, 5); Fabro (C. 515, 6); Salviat (I, p. 400); Merlin (alla parola *Transazione*, § 1, 8); Troplong (IV-3127); Limoges, 3 luglio 1813; Caen, 24 agosto 1822; Rig., 10 gennaro 1826; Limoges, 10 marzo 1836 (Dev., 36, 2, 351). — *Vedi* pure rig., 28 febb. 1825; Nîmes, 30 nov. 1830 (Dev., 25, 1, 421; 31, 2, 182); Pont e Rodière (II-568). Si può riscontrare una decisione della Corte di cassazione del 7 febbr. 1843 (Dev., 43, 1, 483); ma la transazione nella specie proveniva dalla moglie.

tiniano abrogò nuovamente questa regola, eguita altre volte nella corruttela dell' impero. Avea già detto Ulpiano con ciò rimanere offeso il marito *contumeliam subire;* Giustiniano (Cod., lib. 5, tit. 20): *si enim credendam mulier sese existimavit, quare fideiussor, ut causa perfidiae in connubio generetur?*

Non è questa la sola differenza tra il marito sotto la regola dotale e l'usufruttuario ordinario. Quest'ultimo non avrebbe dritto ad indennità nè per i ricolti che avrebbe potuto fare e non fece, durante l'usufrutto, (artic. 590 (515)), nè per i miglioramenti con cui ha accresciuto il valore dei beni (art. 599 (524)). In questi casi medesimi sarebbe dovuta indennità al marito, per evitare che la moglie conseguisse da lui indirette liberalità siccome si è visto nell'articolo 1403 (T), n. VI, § 5). Altra differenza ci sarà indicata più in là dall'articolo 1571 (1384) per l'acquisto dei frutti naturali. Infine il dritto di godimento che si dà al marito, affin di soddisfare i pesi del matrimonio, è rigorosamente legato alla persona e alla qualità del marito; e questi non potrebbe nè alienarlo nè ipotecarlo.

Mourlon, che nelle sue *Ripetizioni scritte* (p. 110, 111) riproduce la falsa idea di sopra confutata, secondo cui si dispenserebbe la cauzione per l'interesse del credito pubblico, riproduce qui, come causa della personalità del dritto di godimento del marito, quest'altra falsa idea, che quel dritto è un mandato che la moglie conferisce al marito. Ma il marito non è semplice mandatario per il suo dritto di godimento, come lo è per il dritto esorbitante d'amministrazione. Se come mandatario ei prende le rendite per i bisogni della casa, ei dovrebbe, soddisfatti questi, restituire il dippiù alla moglie cui appartiene in proprietà. Se la costituzione della dote contenesse il solo mandato della moglie al marito di percepire i frutti, mentre racchiude l'alienazione temporanea del dritto di godimento, il marito non avrebbe un dritto reale, non sarebbe un acquirente; or lo stesso Mourlon fa risaltare (p. 102-3°) tal qualità del marito, senza badare alla contraddizione delle dottrine che ei ripete. Tant'è; il dritto del marito è personale non per l'esistenza d'un mandato, ma per destinazione stessa della dote.

II.— Ma qualunque si siano le differenze tra il dritto di godimento del marito e l'usufrutto ordinario, non però deve pretendersi, come fa Toullier (XIV, nn. 131-138) combattendo in tal punto Proudhon e Delvincourt, che sia quello un dritto personale e mobiliare. Onde negare l'esistenza di un dritto reale egli allega, che l'articolo 1562 (1375) sottoponendo il marito a tutte *le obbligazioni* dell'usufruttuario gli nega anche con ciò *i dritti*; e che i giureconsulti romani i quali, secondo lui, avean profondamente meditato sulla scienza del dritto, non vi scorgevano un dritto d'usufrutto... Ravvicinando l'art. 1562 (1375) alle varie disposizioni della regola dotale, ben si vede che questo articolo sottopone il marito a tutti gli obblighi dell'usufruttuario, giusto per la somiglianza che vi è tra loro. La seconda obbiezione è anche più strana e da non credervi se non si legga più d'una volta. Pei Romani il marito non era usufruttuario, perchè egli era *proprietario!* Come dunque Toullier può trarre argomento dalla legge romana, per negare che quello sia un dritto reale? La proprietà contiene l'usufrutto (chiamato allora *usufrutto causale*, perchè *suae causae junctus est*); essendo oggi le cose quali in Roma, eccetto che lo spirito della nostra legislazione non permette che il marito sia proprietario, bisogna almeno riconoscere in lui un usufruttuario non comune, il quale al suo dritto reale di usare e di godere dei beni, congiunge il mandato legale di esercitare tutte le azioni relative ad essi. Non potendo il suo dritto esser più il *dominium*, è questo che molto gli si avvicina; e se bisogna modificare la sua primitiva natura, per qual ragione o pretesto deesi escluderlo dalla classe dei dritti reali?

1551 (1364). — Se la dote o parte di essa consista in beni mobili stimati nel con-

tratto nuziale, senza la dichiarazione che la stima non vale per vendita, il marito ne diviene proprietario, e non è debitore di altro che del prezzo stabilito.*

1552 (1365). — La stima dell'immobile costituito in dote non ne trasferisce la proprietà al marito senza una espressa dichiarazione.

1553 (1366). — L'immobile acquistato col danaro dotale non diviene dotale, se non quando nel contratto di matrimonio sia stata stipulata la condizione dell'impiego. La stessa regola si osserva per l'immobile dato per pagamento della dote costituita in danaro.**

SOMMARIO.

I. Quattro specie di beni dotali che divengono proprietà del marito, e per cui non van soggetti alla vera regola dotale. La prima comprende le cose fungibili, fra le quali non è il fondo commerciale : errori di parecchi scrittori e decisioni.

II. La seconda e la terza comprendono gli altri mobili che si stimano, e gl'immobili, ove si dichiari che la stima valga vendita : Quid *dei crediti: controversia.*

III. La quarta comprende gl'immobili acquistati con danari costituiti nel contratto. Secus quando gl'immobili sono stati costituiti. Schiarimenti sulla clausola d'impiego.

IV. Quando gli immobili acquistati coi danari costituiti divengono, per la separazione di beni, propri della moglie, essi sono sempre esclusi dalla regola dotale. — Conseguenze: controversia.

I. — Tra i beni che costituiscono la dote della moglie, e in modo generale, *lato sensu*, posson chiamarsi dotali, ve ne ha di quelli che diventano proprietà del marito, il quale è perciò debitore della moglie; conseguentemente non meritano più il nome di dotali. Dotali infatti sono per l'origine ed il fine, poichè dati al marito affin di sostenere i pesi del matrimonio; ma non sono propriamente beni attualmente dotali, essendo libera proprietà del marito. Se ne distinguono quattro specie, tre delle quali sono indicate nei nostri art., i quali tacciono della prima, perchè spiegasi per la natura stessa delle cose.

Abbracciansi da questa tutte le cose che consumansi coll'uso, ed anche quelle che secondo le circostanze sono destinate a vendersi. Or il dritto di proprietà, in cui risolvesi l'usufrutto di simiglianti cose, come si è visto nell'art. 587 (512), passa nel marito coll'obbligo di restituirne le simili finito l'usufrutto : *soluto matrimonio, ejusdem generis et qualitatis alias restituat* (Dig., XXIII, t. III, 42).

* — La quistione se la dote siasi data estimata o inestimata, è rimessa all'arbitrio del giudice, tranne quando le parole sieno chiare. C. S. di Napoli, 16 febbraro 1822.

** Massime della C. S. di Napoli:

— Anche durante il matrimonio può dichiararsi dotale un fondo che si dà in pagamento di dote costituita in contanti con ipoteca sul fondo medesimo. 30 nov. 1839.

— Il fondo acquistato con danaro dotale, è dotale quando ne' capitoli siasi stipulato l'impiego. 11 ap. 1840.

— Se in un contratto di matrimonio siasi costituita la dote in danaro contante, e nello stesso contratto si sia fatta una donazione dallo sposo alla sposa, anche di determinata somma, con patto di potersi estinguere l'una e l'altra obbligazione con cessione di beni stabili; ove ciò avvenga, gli stabili ceduti ed assegnati non si reputano dotali. 27 genn. 1845.

— È dotale l'immobile dato in pagamento della dote costituita in danaro col vincolo dell impiego: quindi nulla la vendita, e nulla è pure la decisione che la dichiarò valida ed efficace. 27 feb. 1845.

— I beni acquistati col danaro dotale ed ipotecati in beneficio della sposa, sono di proprietà dello sposo, è questi il debitore delle doti: se per fatto proprio abbia deteriorata la condizione dell'impiego delle doti, non può essere discaricato dal dovere di debitore. 12 luglio 1849.

Massima della C. S. di Palermo:

— Il fondo dato dal marito alla moglie per effetto di giudizio di separazione in pagamento di una dote costituita in danaro sotto l'impero delle abolite leggi, e senza patto d'impiego, è dotale, e perciò inalienabile. 21 luglio 1835 — Bordonaro ed Adamo.

La prima delle cose fungibili è il danaro contante. Il marito diventa dunque proprietario dei capitali che fan parte della dote della moglie alla quale diventa debitore dell'ugual somma.

Ritorneremo su tale idea onde sviluppare quelle che vi si rannodano e che sono l'oggetto dell'art. 1553 (1366). Ma non si può mettere fra le cose fungibili un fondo di commercio, come a torto hanno detto alcuni scrittori e qualche decisione (1). Le mercanzie di tal fondo sono fungibili perchè destinate a vendersi onde esser sostituite da altre cose, che debbono pur vendersi; non così il fondo che con le mercanzie succedentisi resta sempre il medesimo e forma un corpo morale e identico, benchè composto di varî oggetti, come un armento, una universalità che non dee perire: *unum corpus ex distantibus capitibus* (art. 581 (506), n. II). Dicono molto bene tutti i commentatori: l'uno, *nomen est juris, sicut aereditas*, l'altro *Taberna dicitur jus universale.... distinguendo merces singulares ab hujusmodi corporibus universalibus*. Spiega questi che *mercaturae sicut grex pecudum; et idcirco, licet merces mutentur, tamen eadem videtur esse taberna*, quegli, che *taberna, ut horreum, quoddam corpus universale est, quod nunquam interit* (2). Contro la evidenza di tali idee invocavasi la legge romana dalla Corte di Rouen per non aver ben compreso un testo; nè il fondo di commercio, cosa *quae nunquam perit, quae semper durant eadem*, è menomamente fungibile, e resta perciò in proprietà della moglie, secondo insegna Troplong (nn. 3160 e 3163).

II.—I nostri art. 1551 e 1552 (1364 e 1365) vogliono che il marito abbia inoltre la proprietà; 2° dei mobili non fungibili di cui si fa l'estimo nel contratto di matrimonio, tranne non si dichiari che ciò non li rende punto come venduti; e 3° dei medesimi immobili, se si faccia nel contratto l'estimo e la dichiarazione formale che esso importi vendita. Non di meno si è molto controverso in quali circostanze l'estimo che si fa della cosa dotale valga vendita in faccia al marito: si ammette in principio, senza distinguere i mobili dagli immobili, che l'estimo vale vendita, *aextimatio venditio est;* ma si son fatte tante eccezioni e restrizioni a cotesto principio, che ben difficile sarebbe esser d'accordo intorno ad esso (3). Il Codice pose fine a tali quistioni, stabilendo due regole semplici assolute pei mobili e per gl'immobili: pei primi l'estimo vale vendita, quante volte non si indichi il contrario; per gli altri, l'estimo può riputarsi come una vendita solo quando si faccia una espressa dichiarazione, la quale però può farsi con qualunque espressione; purchè la intenzione sia espressa nel contratto (4).

Le rendite sullo Stato e sopra particolari, e tutti gli altri crediti sono senza dubbio mobili non fungibili, i quali posson divenir proprî del marito quando gli son venduti, come abbiam detto, coll' estimo fatto nel contratto. Alcuni hanno opinato il contrario, perchè dicono che ciascun credito porti con sè l' estimo; e che quindi non sia mestieri se ne indichi il prezzo nel contratto (5). Ma è questo un errore condannato dalla logica non che dal medesimo testo della legge. Non parlando delle rendite sullo Stato e di quelle molte azioni finanziere che sono variabilissime di valore, e che dopo uno o più mesi soltanto posson valere un terzo di più o di meno; un credito ordinario non può egli pure dopo tempo valere più o meno di prima secondo la condizione del debitore o per altre circostanze? Bartolo insegnava doversi

(1) Tessier (II, p. 211); Rouen, 5 luglio 1824; Parigi, 27 marzo 1841 (Dev., 41, 2, 529). Un provvedimento contro quest' ultima decisione è stato respinto, ma senza adottare il preteso principio e per una ragione di fatto.

(2) Cujacio (sulla legge 77, lib. 8 delle *Risposte Papin.*); De-Luca (D. *cred.*, disc. 4, 35, n. 17); Bartolo (sulla legge 34, D., *Pin.*); Brunnemann (*ibid.*).

(3) *Vedi* Menochius (*De praesumptionibus*, praes. 84); De Luca (*De dote*, disc. 158).

(4) *Vedi* sopra questi varî punti Parigi, 12 maggio 1816; Montpellier, 26 giugno 1848 (Dev., 14, 2, 31; 48, 2, 557).

(5) Sentenza del tribunale della Senna (Dalloz, 33, 1, 216); Odier (III, 1227); Troplong (IV-3164).

distinguere il credito che si dà in dote come qualunque altro bene, *scilicet, aut datur exstimatum*, *aut datur simpliciter* (sopra la L. 49, Dig., XXIV, tit. 3). Ciò ammettesi anche nel Codice, poichè le rendite e i crediti in generale (e tranne non siesi indicato il prezzo nel contratto) sono proprietà della moglie, come tutti i mobili non valutati, rimanendo a rischio e pericolo di lei, e ove si distruggano o si scemino, il marito le dovrà soltanto restituire i titoli (art. 1566 e 1567 (1379 e 1380) (1).

Pure il marito, sebbene non proprietario dei crediti nè di altri mobili non fungibili consegnati senza stima, ha il dritto di disporne. Ciò fu sempre costante in Roma e nel nostro antico dritto scritto (2); e poichè ha voluto il Codice religiosamente sanzionare l'antico sistema dotale, il marito può alienare i mobili dotali, quand'anche non gli appartengano, come può esercitare le azioni petitorie relative agl'immobili dotali, benchè questi non gli sian proprî. Altre volte egli lo poteva, perchè era in certo modo *dominus dotis*, oggi perchè *procurator*. Contro tal dottrina invano allega Tessier (I, nota 54) la giurisprudenza del parlamento di Bordeaux, perchè questo allontanandosi dal vero sistema dotale, negava al marito il dritto di esercitare le azioni petitorie immobiliari, ammesso sempre nel nostro antico dritto, del pari che in Roma, e consacrato dal nostro art. 1549 (1362).

III. — La quarta ed ultima classe di beni che divengono proprietà del marito, della quale parla l'art. 1553 (1366) (e di cui avrebbe potuto fare a meno perchè è una conseguenza della prima), è quella degli immobili che sostituiscono le somme dotali che il marito ha ricevuto o dovea ricevere.

In tal modo se il marito compra uno immobile con 50,000 fr. datigli in dote senza obbligo d'impiego e che divengono di sua libera proprietà, gli è certo che lo immobile gli appartiene come il danaro, e che la moglie è soltanto creditrice dell'egual somma contro di lui. Parimente se colui il quale avea promesso per dote 50,000 fr., dà al marito un immobile di uguale valore *in datio solutum*, o in forza di una facoltà riserbata nel contratto, o per posteriore convenzione, l'immobile sarà proprio del marito e non andrà soggetto alla regola dotale, dappoichè col danaro e non con esso si è costituita la dote (3).

Sarebbe altrimenti in questo secondo caso se il costituente riserbandosi la *facoltà di* dar l'immobile invece del danaro, avesse stipulato che esso sarebbe dotale: per tal clausola l'immobile apparterrebbe alla moglie. Ma solo in forza del contratto potrebbe ciò farsi, poichè secondo l'articolo 1395 (1349) non basterebbe più, come altre volte, una posteriore convenzione (4). Nel primo caso, se per una clausola d'impiego scritta nel contratto si facesse la compra, l'immobile acquistato dal marito sarebbe pure bene dotale, e proprietà della moglie. Allorquando secondo il contratto il marito riceve il denaro per impiegarlo in compra d'immobili, la dote è costituita degli immobili da acquistarsi, e non del danaro.

Essendo così convenuto nel contratto, i debitori che pagano al marito le somme dotali, sono responsabili di non essersi fatto l'impiego ed anche di essere riuscito inutile. È poco giusto che la convenzione di impiego abbia effetto non solo tra marito e moglie, ma anche tra terzi; però, come dice Troplong, non bisogna sottilizzare troppo sulla equità nella regola dotale, e si è sempre ammesso il regresso della mo-

(1) Benoît (II-104); Pont e Rodière (II-400).

(2) *Vedi* le leggi 35, 36, 41, 43, 49, D., XXIII; t. 3; 66 § 6, XXIV, t. 3); Serre (*Inst.*, p. 103); Catalano (libro IV, cap. 47 e le decisioni del parlamento di Tolosa da loro citati; Bonifazio (IV, p. 282) e quella ch'ei cita del parlamento di Provenza; Roussilhe (I, p. 270); Nuovo Denizart (VII, p. 122).

(3) La Corte di cassazione ha deciso che l'immobile acquistato dalla moglie col danaro dotale non si ritiene dotale di pieno dritto; e che lo diventa quando si fa dai coniugi un patto che tale lo dichiari; e che quindi l'alienazione di tali immobili fatta dalla moglie durante il matrimonio è valida. Cass. 20 febb. 1849 (Dev., 49. 1, 241).

(4) Rigetto, 23 agosto 1832; rig., 23 apr. 1833 (Dalloz, 32, 1, 389; 33, 1, 286).

glie contro i debitori che han facilmente pagato (1): dicesi che il marito è capace di ricevere purchè faccia un buono impiego, per cui il debitore ha pagato a persone incapaci di ricevere; e il suo pagamento è nullo, quando non si è fatto o è riuscito male l'impiego.

Ma la giurisprudenza segue tale dottrina sanzionata dal Codice, e che era quella dell'antico dritto; la Corte di Parigi che erasene allontanata nel 1831, vi è ritornata nel 1844 (2). Ed essendo spesso difficile che il debitore abbia piena sicurezza dell'impiego offerto dal marito, si è soliti di depositare la somma dovuta, onde pagarla *dopo* una sentenza che dichiari essersi fatto l'impiego.

Checchè dicano Merlin (*Rep.*, alla parola *Dote*, § 10) e Tessier (I, p. 220) (3), l'*impiego* deve accettarsi dalla moglie; la *quale*, non altrimenti che nella comunione, deve acquistar la proprietà d'una cosa che le conviene (4). Tale era l'antico dritto, e bisogna anche riconoscere che l'accettazione della moglie non sarebbe un mezzo di inammissibilità contro il suo regresso, caso che sia svantaggioso l'impiego (5).

Ma le tradizioni della regola dotale non devono troppo spingersi; e poichè la moglie ha potuto rivolgersi contro i debitori in sussidio, quando sia insufficiente il suo regresso contro il marito, così ella avrà oggi soltanto un regresso sussidiario. Benchè il pagamento senza un buono e valido impiego si tenga fatto a persone incapaci di ricevere, pure non è assolutamente nullo, senza che si badi se il marito sia o no solvente. Cotesta è una esagerazione ben censurabile, e che trovasi sanzionata dal Codice, non perchè giusta e razionale, ma per serbare quel che esisteva altre volte. La regola adunque deve ammettersi, ma ristretta come nello antico diritto, nel quale il regresso della moglie era sussidiario (6).

Coteste regole non si applicheranno, se nel contratto di matrimonio non vi sia clausola d'impiego. Il marito che avrebbe allora la proprietà dell' immobile comprato coi capitali ricevuti, è del tutto libero di non comprare; nè si comprende come i debitori abbiano potuto in tal caso pretendere di fare il pagamento sotto la condizione d'un impiego. Ma tal pretensione è stata respinta (7).

IV. — Se nel caso previsto dal nostro art. 1553 (1366), la moglie, fatta pronunziare la sua separazione di beni (art. 1563 (1376 M)), comprasse un immobile, o con il danaro dotale restituitole dal marito o con quello che le pagano i suoi debitori, o ricevesse l'immobile in pagamento di tali somme, l'immobile non sarebbe dotale presso di lei, come non era presso del marito pria della separazione di beni; ed a torto si è giudicato qualche volta il contrario. Secondo l'antico dritto tale immobile non era dotale, e la Corte Suprema ha annullato nel 1849 una contraria decisione della Corte di Nîmes (8). Ma fosse anche dubbio tal punto secondo l'antico dritto, non potrebbe esserlo secondo il Codice, poichè il nostro artic. 1553 (1366) dichiara formalmente, senza far distinzione tra marito e moglie, che l'immobile acquistato col danaro dotale, nè quello dato per pagamento della dote costituita in danaro, non diviene dotale; e ciò è stato ammesso da moltissime decisioni (9).

Ma due di esse, una del 1817, e l'altra del

(1-2) Roussilhe (I-185); Novello Denisart (VII, p. 117); Tessier (II, nota 828); Cass., 9 giugno 1841; Parigi, 23 marzo 1844 (Dev., 41, 1, 469; 44, 2, 131).

(3) *Conf.*, Toullier (XII-361); Pont e Rodière (II-421); Odier (III 1194-1196).

(4-5) Roussilhe (n. 256); Benech (n. 50, e p. 94); Troplong (nn. 3123 e 3198); Caen, 18 dic. 1837 (Dev., 39, 2, 186); Bourges, 1 febbr. 1831 (Dev., 31, 2, 253).

(6) Salviat (alla parola *Dote*); Lapeyrère (lett. C); Benoît (n. 112); Toullier (XIV-154); Zachariae (III, p. 576); Troplong (IV-3122).

(7) Caen, 27 giugno 1825; Cass., 25 gen. 1824; Grenoble, 22 giugno 1827; Grenoble, 24 marzo 1828; Tolosa, 31 luglio 1833; Cass., 23 dic. 1839 (Dev., 40, 1, 242).

(8) Rig., 25 febbraro 1817; Bordeaux, 5 febbraro 1829; Poitiers, 5 lug. 1839; Riom, 8 ag. 1843; Cass., 20 febbraro 1849 (Dev., 392, 516; 44, 2, 590; 49 1, 241).

(9) Rig., 25 febb. 1817; Bordeaux, 5 febb. 1829; Poitiers, 5 lug. 1839; Riom, 8 ag. 1843; Cass., 20 febbr. 1849 (Dev., 39, 2, 546; 44, 2, 590; 49, 1, 241).

1843) ed anche qualche giureconsulto, specialmente Tessier (I, nota 410), stabilito che l'immobile non sia dotale, distruggono poi tal principio, negandone le conseguenze. Secondo essi bisogna che il danaro della moglie trovisi sempre, checchè accada: se essa aliena o ipoteca l'immobile per un prestito, ed il danaro ricevuto per prezzo della vendita o in prestito si è perduto, potrà essa, dicono, far che non abbia effetto l'ipoteca, o far pagare altra volta l'acquirente... È questo un'errore, dappoichè tosto che l'immobile non è dotale, l'alienazione o l'ipoteca regolarmente consentite devono avere il loro ordinario effetto. Così se il marito, ottenuta la separazione di beni, deve alla moglie una somma determinata, e invece le assegna un immobile per dazione in pagamento, la moglie può perciò acquistare un privilegio che non avrebbe avuto, se il marito le avesse dato danaro? Ricevute le somme, e fatta la quietanza al marito, la moglie non avrebbe avuto ulteriore regresso se poi il danaro si fosse perduto; se invece di danaro riceve essa l'immobile, e poi lo vende, o lo ipoteca, non è evidente che le somme rilasciatele dal compratore o dal prestatore la mettano nella stessa condizione come se in origine il marito le avesse dato danaro? Essa non può avere nè nel primo nè nel secondo caso regresso per mancanza d'impiego non stipulato nel contratto. Lo ripetiamo, l'alienazione e l'ipoteca dell'immobile che non è dotale, sono governate dal dritto *comune*, siccome insegna Troplong (numero 3189 a 3193).

2. Inalienabilità degli immobili dotali.

1554 (1367). — Gl'immobili costituiti in dote non possono alienarsi o ipotecarsi, durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi unitamente: salve le seguenti eccezioni.*

SOMMARIO.

I Osservazione sulla inalienabilità dei beni della moglie. Si applica indubitatamente agli immobili.
II. Non si applica alla dote mobiliare.
III. Questa può essere alienata dal solo marito, fino a che non vi sia separazione di beni. Dopo la separazione, anche dalla moglie: errore e contraddizione della giurisprudenza.
IV. Non si può nemmeno disporre di quella parte di rendite degli immobili dotali che abbisognano al mantenimento della casa: errore di Troplong. Il rimanente è disponibile, e se ne esiste presso la moglie separata di beni deve soddisfare tutte le obbligazioni da lei validamente contratte: errore della giurisprudenza.
V. La separazione di beni non fa venir meno la regola dotale, ma si combina con essa. Errore di Toullier e Delvincourt.
VI. Non si potrebbero combinare insieme queste due regole nel contratto di matrimonio.
VII. La regola dotale cessa con lo scioglimento del matrimonio, ma solo per il futuro; e gl'immobili quindi non dovranno rispondere delle obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio: errore di Toullier e di Troplong. — Non bisogna far distinzione se si procede contro la moglie o contro i suoi eredi: errore di Troplong e d'una decisione.
VIII. Si confuta nuovamente l'errore notato nel n. IV, in fine. Censura d'un altro simile errore.

* — L'obbligazione contratta dalla moglie col marito non si può eseguire sui beni dotali, ma su i parafernali. C. S. di Napoli, 18 ap. 1839.

— La ipoteca sul fondo dotale è nulla, nè divien valida dopo lo scioglimento del matrimonio. E la donna non è tenuta ad alcuna indennità verso il creditore. C. S. di Napoli, 14 nov. 1839.

— Se un fondo dotale è gravato da debiti e pesi, non è permessa l'alienazione di una parte di esso corrispondente all'importare dei medesimi senza le formalità prescritte dalla legge. — Dichiarata nulla l'alienazione del fondo dotale, non è produttiva di effetti la garantia che il marito ha promessa pel sostegno del contratto. C. S. di Napoli, 31 ott. 1846.

I. — Eccoci al famoso principio della inalienabilità dei fondi dotali stabilito per la nostra Francia moderna; principio esotico, proprio di altri costumi di altro paese, e che così poco armonizza collo spirito della nostra legislazione nazionale; principio strano, con cui assimilandosi le cose essenzialmente private alle pubbliche, e creandosi un privilegio per i fondi dotali, di cui non godono i beni dei minori, nè quelli dei comuni o dei dipartimenti, nè quelli dello Stato, si dichiarano quei beni inalienabili, imprescrittibili, e tolti al movimento e al commercio degli uomini, alle transazioni socievoli, così come le piazze di guerra, i pubblici monumenti, i fiumi, le strade, le chiese e i cimiteri; principio funesto, che sacrifica allo spirito frenetico di assoluta conservazione, qualunque idea di progresso o accrescimento di patrimonio, l'avvenire della famiglia, l'agiatezza della casa, l'interesse dei terzi, la buona fede nelle convenzioni, e che ha dato luogo a quasi un terzo delle liti che si agitano nei nostri tribunali; principio, infine, assurdo in questi tempi, poichè favorisce i secondi o susseguenti matrimonî della moglie, mentre appunto il nostro dritto francese non vede di buon occhio questi matrimonî, che anzi fa di tutto per impedirli (1)..... Ma per istrana che sia la regola del nostro articolo, essa devesi applicare tale qual'è: *dura lex, sed lex*.

In prima la regola deve intendersi in senso stretto. Così l'immobile dotale, tranne le eccezioni previste nei seguenti articoli, non potrà mai alienarsi, nè in tutto, nè in parte, nè quanto alla proprietà, nè quanto ad alcuno smembramento di essa: sovra esso nissun dritto d'usufrutto o d'uso, nissuna servitù potrebbe imporsi. Sarà certamente, come qualunque altro, soggetto alle servitù legali, per esempio all' obbligo di dare il passaggio al vicino fondo, se è chiuso da ogni parte, poichè in tai casi la legge, non la volontà dell'uomo, impone la servitù, e non sarà questa un' alienazione, cioè un atto con cui un proprietario trasferisce ad altri il suo dritto (2). Ma non si potrebbe stabilire la menoma servitù convenzionale, perchè formerebbe una alienazione. — Il nostro articolo inoltre vieta non solo che si possa alienare, ma anche ipotecare: ciò è ben naturale. Infatti non si può ipotecare, giusta l'art. 2124 (2010), se non si abbia facoltà di alienare; sicchè questo divieto, ove pure non si trovasse nel nostro articolo, sorgerebbe sempre dall'art. 2124 (2010). Eppure questo divieto deriva da ragione più potente, che è la maggiore facilità con cui la moglie consentirebbe spesso l'ipoteca, nella speranza di un pagamento che di poi non si avvera; inguisachè essa in tal modo, indirettamente e contro il suo volere, farebbe un' alienazione, a cui non avrebbe mai direttamente acconsentito. E la legge *Giulia*, tuttochè permetta che i due coniugi insieme potessero alienare, vietava che insieme potessero ipotecare: Giustiniano poi vietò anche l'alienazione.

II. — Però non bisogna esagerare il divieto della legge: il Codice parla dei soli immobili; i mobili dunque non vi si possono intender compresi... Il nostro articolo 1554 (1367) dichiara inalienabili *gli immobili costituiti in dote*: gli art. 1557, 1558, 1559 e 1560 (1370, 1371, 1372 e 1373) parlano ugualmente dell'*immobile dotale*, o del *fondo dotale*. La stessa rubrica della nostra sezione dice di trattare della inalienabilità *del fondo dotale*; termini molto più rilevanti, in quanto i compilatori aveano testè parlato dei diritti del marito sopra *i beni dotali*. Or questa distinzione tra *i beni dotali* in generale, per i quali la legge regola i dritti del marito, e *il fondo dotale*, di cui stabilisce l'inalienabilità, si osserva nelle disposizioni della sezione, poichè mentre la prima parte (ar-

(1) *Vedi* gli art. 386, 395, 390, 400 (300, 317, 294 M. 322). *Vedi* pure le osservazioni che precedono l'art. 1549 (1362) sulla inalienabilità de' beni dotali. — Se molte liti sian nate dalla regola dotale, basterà a giudicarne dalle molte decisioni che citeremo nel presente capitolo.

(2) *Conf.* Troplong (IV-3277 e seg.). — *Vedi* intanto la decisione di rigetto del 20 genn. 1817 (Dev., 17, 1, 129).

1843) ed anche qualche giureconsulto, specialmente Tessier (I, nota 410), stabilito che l'immobile non sia dotale, distruggono poi tal principio, negandone le conseguenze. Secondo essi bisogna che il danaro della moglie trovisi sempre, checchè accada: se essa aliena o ipoteca l'immobile per un prestito, ed il danaro ricevuto per prezzo della vendita o in prestito si è perduto, potrà essa, dicono, far che non abbia effetto l'ipoteca, o far pagare altra volta l'acquirente... È questo un'errore, dappoichè tosto che l'immobile non è dotale, l'alienazione o l'ipoteca regolarmente consentite devono avere il loro ordinario effetto. Così se il marito, ottenuta la separazione di beni, deve alla moglie una somma determinata, e invece le assegna un immobile per dazione in pagamento, la moglie può perciò acquistare un privilegio che non avrebbe avuto, se il marito le avesse dato danaro? Ricevute le somme, e fatta la quietanza al marito, la moglie non avrebbe avuto ulteriore regresso se poi il danaro si fosse perduto; se invece di danaro riceve essa l'immobile, e poi lo vende, o lo ipoteca, non è evidente che le somme rilasciatele dal compratore o dal prestatore la mettano nella stessa condizione come se in origine il marito le avesse dato danaro? Essa non può avere nè nel primo nè nel secondo caso regresso per mancanza d'impiego non stipulato nel contratto. Lo ripetiamo, l'alienazione e l'ipoteca dell'immobile che non è dotale, sono governate dal dritto *comune*, siccome insegna Troplong (numero 3189 a 3193).

2. Inalienabilità degli immobili dotali.

1554 (1367). — Gl'immobili costituiti in dote non possono alienarsi o ipotecarsi, durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi unitamente: salve le seguenti eccezioni.*

SOMMARIO.

I. Osservazione sulla inalienabilità dei beni della moglie. Si applica indubitatamente agli immobili.

II. Non si applica alla dote mobiliare.

III. Questa può essere alienata dal solo marito, fino a che non vi sia separazione di beni. Dopo la separazione, anche dalla moglie: errore e contraddizione della giurisprudenza.

IV. Non si può nemmeno disporre di quella parte di rendite degli immobili dotali che abbisognano al mantenimento della casa: errore di Troplong. Il rimanente è disponibile, e se ne esiste presso la moglie separata di beni deve soddisfare tutte le obbligazioni da lei validamente contratte: errore della giurisprudenza.

V. La separazione di beni non fa venir meno la regola dotale, ma si combina con essa. Errore di Toullier e Delvincourt.

VI. Non si potrebbero combinare insieme queste due regole nel contratto di matrimonio.

VII. La regola dotale cessa con lo scioglimento del matrimonio, ma solo per il futuro: e gl'immobili quindi non dovranno rispondere delle obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio: errore di Toullier e di Troplong. — Non bisogna far distinzione se si procede contro la moglie o contro i suoi eredi: errore di Troplong e d'una decisione.

VIII. Si confuta nuovamente l'errore notato nel n. IV, in fine. *Censura d'un altro simile errore.*

* — L'obbligazione contratta dalla moglie col marito non si può eseguire sui beni dotali, ma su i parafernali. C. S. di Napoli, 18 ap. 1839.

— La ipoteca sul fondo dotale è nulla, nè divien valida dopo lo scioglimento del matrimonio. E la donna non è tenuta ad alcuna indennità verso il creditore. C. S. di Napoli, 14 nov. 1839.

— Se un fondo dotale è gravato da debiti e pesi, non è permessa l'alienazione di una parte di esso corrispondente all'importare dei medesimi senza le formalità prescritte dalla legge. — Dichiarata nulla l'alienazione del fondo dotale, non è produttiva di effetti la garantia che il marito ha promessa pel sostegno del contratto. C. S. di Napoli, 31 ott. 1846.

I. — Eccoci al famoso principio della inalienabilità dei fondi dotali stabilito per la nostra Francia moderna; principio esotico, proprio di altri costumi di altro paese, e che così poco armonizza collo spirito della nostra legislazione nazionale; principio strano, con cui assimilandosi le cose essenzialmente private alle pubbliche, e creandosi un privilegio per i fondi dotali, di cui non godono i beni dei minori, nè quelli dei comuni o dei dipartimenti, nè quelli dello Stato, si dichiarano quei beni inalienabili, imprescrittibili, e tolti al movimento e al commercio degli uomini, alle transazioni socievoli, così come le piazze di guerra, i pubblici monumenti, i fiumi, le strade, le chiese e i cimiteri; principio funesto, che sacrifica allo spirito frenetico di assoluta conservazione, qualunque idea di progresso o accrescimento di patrimonio, l'avvenire della famiglia, l'agiatezza della casa, l'interesse dei terzi, la buona fede nelle convenzioni, e che ha dato luogo a quasi un terzo delle liti che si agitano nei nostri tribunali; principio, infine, assurdo in questi tempi, poichè favorisce i secondi o susseguenti matrimonî della moglie, mentre appunto il nostro dritto francese non vede di buon occhio questi matrimonî, che anzi fa di tutto per impedirli (1)..... Ma per istrana che sia la regola del nostro articolo, essa devesi applicare tale qual'è: *dura lex, sed lex.*

In prima la regola deve intendersi in senso stretto. Così l'immobile dotale, tranne le eccezioni previste nei seguenti articoli, non potrà mai alienarsi, nè in tutto, nè in parte, nè quanto alla proprietà, nè quanto ad alcuno smembramento di essa: sovra esso nissun dritto d'usufrutto o d'uso, nissuna servitù potrebbe imporsi. Sarà certamente, come qualunque altro, soggetto alle servitù legali, per esempio all' obbligo di dare il passaggio al vicino fondo, se è chiuso da ogni parte, poichè in tai casi la legge, non la volontà dell'uomo, impone la servitù, e non sarà questa un' alienazione, cioè un atto con cui un proprietario trasferisce ad altri il suo dritto (2). Ma non si potrebbe stabilire la menoma servitù convenzionale, perchè formerebbe una alienazione. — Il nostro articolo inoltre vieta non solo che si possa alienare, ma anche ipotecare: ciò è ben naturale. Infatti non si può ipotecare, giusta l'art. 2124 (2010), se non si abbia facoltà di alienare; sicchè questo divieto, ove pure non si trovasse nel nostro articolo, sorgerebbe sempre dall'art. 2124 (2010). Eppure questo divieto deriva da ragione più potente, che è la maggiore facilità con cui la moglie consentirebbe spesso l'ipoteca, nella speranza di un pagamento che di poi non si avvera; inguisachè essa in tal modo, indirettamente e contro il suo volere, farebbe un' alienazione, a cui non avrebbe mai direttamente acconsentito. E la legge *Giulia*, tuttochè permetta che i due coniugi insieme potessero alienare, vietava che insieme potessero ipotecare: Giustiniano poi vietò anche l'alienazione.

II. — Però non bisogna esagerare il divieto della legge: il Codice parla dei soli immobili; i mobili dunque non vi si possono intender compresi... Il nostro articolo 1554 (1367) dichiara inalienabili *gli immobili costituiti in dote:* gli art. 1557, 1558, 1559 e 1560 (1370, 1371, 1372 e 1373) parlano ugualmente dell'*immobile dotale*, o del *fondo dotale*. La stessa rubrica della nostra sezione dice di trattare della inalienabilità *del fondo dotale*; termini molto più rilevanti, in quanto i compilatori aveano testè parlato dei diritti del marito sopra *i beni dotali*. Or questa distinzione tra *i beni dotali* in generale, per i quali la legge regola i dritti del marito, e *il fondo dotale*, di cui stabilisce l'inalienabilità, si osserva nelle disposizioni della sezione, poichè mentre la prima parte (ar-

(1) *Vedi* gli art. 386, 395, 390, 400 (300, 317, 294 M. 322). *Vedi* pure le osservazioni che precedono l'art. 1549 (1362) sulla inalienabilità de' beni dotali. — Se molte liti sian nate dalla regola dotale, basterà a giudicarne dalle molte decisioni che citeremo nel presente capitolo.

(2) *Conf.* Troplong (IV-3277 e seg.). — *Vedi* intanto la decisione di rigetto del 20 genn. 1847 (Dev., 47, 1, 129).

tic. 1549-1553 (1362-1366)) tratta di tutte le specie dei beni dotali, immobili, cose mobili, capitali; la seconda (articolo 1554 (1367) e seguenti) parla solo dello immobile dotale. Pretenderebbesi invano che i mobili siano compresi nella espressione di *beni dotali* degli art. 1555 e 1556 (1368 e 1369), i quali essendo eccezioni al principio dell'art. 1554 (1367), intendono parlare necessariamente degl'immobili di cui è discorso nel precedente. Adunque inalienabili sono i soli immobili dotali, come si prova e dal testo del nostro articolo 1554 (1367), e da tutte insieme e dal ravvicinamento delle diverse disposizioni della sezione, e dalla rubrica della sezione medesima.

La giurisprudenza proclama l'inalienabilità della dote mobiliare, ma solo per un caso speciale (non come regola generale, come si è spesso creduto, e si ha ragione infatti di credere, per il linguaggio inesattissimo di molte decisioni). — Il principale e più specioso argomento di questa dottrina è, che la dote mobiliare era inalienabile nell'antico dritto, e che tale deve tenersi anche oggi sotto il Codice che non ha in nulla mutato gli antichi principî. Ma ciò è doppiamente inesatto, poichè da un lato, posto che il preteso principio della inalienabilità dei mobili dotali fosse stato altra volta incontrastato, sarebbe sempre da non ammettersi oggi, se si riguardi la nostra sezione: il Codice non ha certamente voluto seguire le antiche regole, dettandone delle nuove per alcuni casi. Dall'altro lato è falso che l'inalienabilità della dote mobiliare fosse stato un punto costante, uno dei principî che costituivano il sistema dotale.

In Roma inalienabile dichiaravasi l'immobile dotale : *dotale praedium*, dice la legge *Giulia* (Caii, Comm., II, 63); *dotale praedium*, ripete Giustiniano nelle sue *Instituta* (II, t. 8, pr.), aggiungendo che egli ha esteso la proibizione *dagli immobili* dell'Italia *agli immobili* provinciali; altrove dice che la regola si applica *non super Italicis tantummodo* FUNDIS, *sed pro omnibus*. Tutti gli antichi commentatori (Brissonio, Voet, Vinnio, Noodt, Cuiacio) ripetono a gara inalienabili essere gl'immobili, alienabili i mobili : *in rebus tantum soli*, dice il primo, *locum habere, mobiles vero res alienari posse* ; e gli altri ripetono pure la medesima idea. In quanto al nostro antico dritto francese, in Bordeaux ed in altri luoghi inalienabile erasi pure dichiarata la dote mobiliare, ma non può dirsi che questa regola dotale corretta ed accresciuta sia divenuta la regola generale, mentre la maggior parte dei nostri paesi di dritto scritto ammisero sempre il sistema romano.

In breve l'inalienabilità è una *regola esorbitante* e rigorosa, che non *potrebbe applicarsi* ai mobili come agli immobili, se non quando fosse manifesta intorno a ciò la volontà del legislatore. Della quale non evvi pruova o semplice indizio, nè nel testo, poichè la nostra sezione o nei suoi articoli presi a solo, o combinandosi le sue varie disposizioni, o nella sua rubrica, ammette l'inalienabilità degli immobili; non nelle tradizioni del passato, poichè il dritto romano non conobbe mai l'inalienabilità dei mobili, la quale fu ammessa, è vero, da una parte dei nostri paesi di dritto scritto, ma rigettata dal più delle nostre provincie, in guisa che gli uni deviarono dai principî della regola dotale, e le altre stettero ferme alla vera inalienabilità tradizionale del sistema dotale che riguardava solo gl'immobili; non infine nello spirito generale del Codice, secondo il quale, come leggesi spesso nelle decisioni, la dote mobiliare dev'esser protetta del pari che la immobiliare, dappoichè nel Codice i mobili non sono mai riguardati dello stesso modo che gl'immobili, e si possono alienare molto più agevolmente; quindi il marito in comunione può far donazione di valori mobiliari della comunione, per quanto notevoli sieno, ma non già di un immobile; il tutore che non può esercitare alcuna azione immobiliare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, può esercitare le azioni mobiliari, per importanti che siano.....

La contraria dottrina si distrugge per il

risultamento assurdo a cui ci mena. Infatti, se qualunque bene dotale, come spesso si è detto, fosse inalienabile, e quindi l'art. 1541 (1354), dichiarando *dotale* indistintamente *tutto ciò che si è costituito in dote*, improntasse del carattere di inalienabilità sì i mobili che gl'immobili, ne verremmo a questa illazione, esattissima certamente, ma ridicola, cioè che l'art. 1558 (1371), facendo eccezione al principio della inalienabilità pei casi che prevede (soddisfacimento dei debiti anteriori al matrimonio, somministrazione di alimenti alla famiglia, ecc.) solo per *l'immobile dotale*, i mobili dovrebbero rimaner sotto al principio e non potrebbero nemmeno alienarsi in tali necessità, del pari che nelle circostanze ordinarie. E ciò è stato recentemente giudicato dal tribunale della Senna (1). Un *marito ed una moglie*, per pagare alcuni *debiti* di quest'ultima voleano (questa regola reggerebbe anche quando si dovesse soccorrere di pane i figli) vendere talune azioni del banco di Francia: il tribunale giudicò, che esse non si potessero vendere *essendo mobili, poichè la facoltà di alienare, essendo accordata solo in taluni casi per gl'immobili, non si può quindi estendere ai mobili in una regola in cui tutto è di dritto stretto!*... Nè basta. Se egli è vero che combinandosi gli art. 1541, 1554 (1354, 1367), i mobili dotali debbano andar compresi sotto il principio della inalienabilità, essi non solo non potrebbero godere della eccezione dell'art. 1558 (1371), ma nemmeno di quella dell'art. 1557 (1370); il quale anche parla solo d'immobili; sicchè la riserva di alienare i mobili dotali, scritta formalmente nel contratto, sarebbe nulla, secondo l'artic. 1388 (1342), perchè deroga oltre ai limiti stabiliti dalla legge, alla *disposizione proibitiva* degli artic. 1541-1554 (1354-1367). In tal modo non si potrebbe nemmeno vendere, quantunque una clausola formale di alienabilità sia stata apposta nel contratto, per sostentare la famiglia; e i coniugi sarebbero costretti a morir di fame per conservare intatto il sacro deposito della dote mobiliare! Sarebbe questo un assurdo. Vedremo inoltre che la nostra moderna giurisprudenza, la quale vuol si ammetta come principio la falsa idea di essere inalienabile la dote mobiliare, l'ammetta veramente come un'eccezione, quando la moglie sotto la regola dotale avrebbe fatto pronunziare la separazione dei beni (art. 1563 (1376)), e stabilisce invece come regola generale che i beni dotali sono del tutto disponibili.

III.— Dopo cinque lustri sentiamo ancora ripetere dovunque, nelle lezioni e nelle aringhe, nelle opere di dottrina e nelle considerazioni delle sentenze, che la inalienabilità della dote mobiliare è oggi, a dritto o a torto, un principio generalmente stabilito dalla giurisprudenza. Ma ciò è inesatto. Le decisioni della Corte suprema e delle Corti di appello si esprimono in modo da trarne in errore, qualificando formalmente inalienabile la dote mobiliare; ma tal qualificazione è molto impropria, accennando un' idea, ben diversa da quella che manifesta; e se poste da banda *le parole*, si vogliano considerar *le cose*, si vedrà di altro trattarsi che della inalienabilità dei beni: e non sappiamo invero persuaderci, come nissuno, dopo tanto tempo, abbia saputo scorgere quel malinteso.

Per comprendere il sistema della giurisprudenza sulla importante quistione, bisogna distinguere accuratamente le decisioni che riguardano i coniugi i quali sono nella condizione normale ed ordinaria della regola dotale, e quelle che riguardano il caso eccezionale di due coniugi sotto la regola dotale, e che siano giudiziariamente separati di beni. La giurisprudenza in quest'ultimo caso ammette, come abbiam detto e appresso vedremo, la falsa idea della inalienabilità; ma nel primo, cioè quando i coniugi sotto la regola dotale non son separati di beni, essa non ammette punto

(1) 28 agosto 1849 (Dev., 50, 2, 99). Questa sentenza fu annullata da una decisione del 18 dicembre (*ibid.*), la quale a ragione proclama, e come è costante giurisprudenza, il principio della disponibilità dei mobili dotali.

una tale idea, come vuolsi generalmente e come sembra voler dire, ma per l'incontro sempre e positivamente riconosce essere alienabili i mobili dotali.

Ecco la sua teoria, che noi crediamo esattissima e conforme del tutto ai veri principî della regola dotale... Se gl'immobili che si costituiscono in dote sono per ciò stesso inalienabili e tolti dal commercio, i mobili al contrario possono sempre alienarsi; ma solo dal marito. Egli, proprietario della dote, *dominus dotis*, ha sempre potuto in Roma alienare i mobili (per gl'immobili, prima dell'imperatore Giustiniano, dovea esservi il consenso della moglie; ma dopo egli non potè assolutamente alienarli) (1). Or il Codice non ha in nulla immutato quello stato di cose: la regola quindi è la stessa, con questa sola differenza (già spiegata sotto l'articolo 1549 (1362), num. II), che il marito in Roma potea alienare per la sua qualità di proprietario, ed oggi lo può come *procurator* della moglie: del pari, siccome egli solo può, sotto la regola straordinaria della dote, esercitare le azioni petitorie relative agl'immobili dotali della moglie, così egli solo può alienare i mobili dotali. Or siccome il dritto di alienare passa dalla moglie al marito, siccome sotto questo aspetto la moglie è incapace del tutto di disporre, essa quindi non potrà trasmettere i suoi crediti dotali, nè rinunciare alla ipoteca che garantisce i suoi diritti dotali, nè cedere, rilasciare, od obbligare in modo qualunque, alcuno degli oggetti o diritti che compongono la sua dote mobiliare. In breve: *alienabilità* piena ed intera *delle cose* mobili della dote; ed *incapacità* in *persona* della moglie di disporne, perchè solo il marito ha il dritto di alienare.

Si leggano accuratamente le molte decisioni che han giudicato la quistione, e si vedranno sempre riprodotte queste due idee. Qui ti si offre una moglie che aveva alienato un mobile dotale, e si dichiara nulla l'alienazione; ovvero che avea contratto delle obbligazioni in forza delle quali i suoi creditori voleano sequestrare i suoi mobili dotali, e si è giudicato che non li potea obbligare; od anche una moglie che avea consentita una surrogazione della ipoteca legale che la garantiva del riacquisto del suo credito dotale, e si è annullata la surrogazione (Rig., 1819; Parigi, 1820; Agen, 1824; Parigi, 1831; Cassaz., 1837). — Là (è questa l'altra idea, cioè che il marito può sempre disporre, attesa l'incapacità della moglie) si volea fare annullare una vendita di rendite o crediti dotali fatta dal marito, la quale si è dichiarata valida (Rig., 1846; Rig., 1848). Ovunque insomma prevalgono queste due idee: alienabilità piena delle cose; assoluta incapacità della moglie; ovunque diciamo, perchè le decisioni, le quali giudicano solo esser la moglie incapace di disporre, dicono sempre esserne capace il marito..... Ciò non pertanto in tutte coteste decisioni (le quali potrebbero censurarsi in più di un punto) si dichiara sempre inesattamente la *inalienabilità* dei beni dati e non già la incapacità personale della moglie; e *Devilleneuve*, riepilogando molto accuratamente lo stato della giurisprudenza su tal punto, ha detto (46, 1, 602, nota) che il marito, secondo essa, PUÒ DISPORRE *della dote mobiliare*, *benchè sia* INALIENABILE, come se non fosse contraddittorio il dire che una cosa sia *inalienabile* e insieme *disponibile*! Ma non devesi punto esitare tra il dritto di disporre del marito, che è *un fatto* consacrato dalle decisioni, e questa falsa qualificazione di inalienabilità, che è *una semplice espressione*. Inoltre la Corte di cassazione, nelle ultime decisioni, spiegandosi anche equivocamente, indica però che non trattasi in tal caso d'una vera inalienabilità, come quella degli immobili, e che quella parola è solo un modo di dire usato per esprimere più semplicemente la incapacità personale della moglie. La decisione del 1846, indicando

(1) Da ciò non siegue già, come Dalloz ha creduto (p. 348, n. 50), che secondo la legge romana l'nialienabilità dei mobili è *incontrastabile* per rispetto al marito. Questo errore così palpabile è condannato dai testi e dalle autorità che noi abbiamo indicato sotto l'artic. 1551 (1364) (*n. II, in fine*); sicchè non fa mestieri ritornarvi qui nuovamente.

ome le altre *il libero diritto di disporre he appartiene al marito*, dice inoltre che *l non potersi la dote mobiliare aliena-e*, importa *solo* che *la moglie* non può iè direttamente nè indirettamente alienare suoi diritti sopra i suoi mobili. La de-isione del 1848 dice, che gl'immobili sono propriamente inalienabili, ma che per l'in-contro i mobili dotali *sono inalienabili per la sola moglie*; e finisce con dire che il marito, durante il matrimonio, può *liberamente ed intieramente disporre* di tutti quei mobili *che si sono costituiti in dote*. Non si creda perciò che la Corte suprema, riconoscendo che il marito può disporre della dote mobiliare (e quindi il senso improprio della parola *inalienabilità*), abbia dato un passo in dietro, come dice Troplong (IV-3226), o contraddetto le precedenti decisioni. La Corte è stata ferma su questo punto: ciò che oggi dice, essa lo ha detto sempre; e quando or son trent'anni, essa per la prima volta proclamava la pretesa inalienabilità della dote mobiliare, ciò era per un equivoco di parole, come oggi; poichè altronde mostrava in qual senso prendeva la parola *inalienabilità*, mettendo a fronte di essa *il dritto di alienare* che ha il marito. La molto nota decisione del 1819 diceva, nella sua 3ª considerazione, che *la moglie non può alienare i suoi mobili o danari dotali*, perchè *essendo il marito solo padrone della dote mobiliare*, di cui ha *la proprietà* o almeno *il libero possesso*, *egli solo* quindi può DISPORNE. Pertanto la giurisprudenza ha riconosciuto sempre che il marito ha dritto di disporre dei mobili dotali, i quali perciò sono alienabili da lui, ma non mai dalla moglie (1).

Il linguaggio della giurisprudenza è stato inesatto, ma le idee son vere; per cui si è ben giudicato, avuto riguardo alla condizione normale ed ordinaria dei coniugi sotto la regola dotale. Ma è ben altra la cosa, se abbia avuto luogo fra i coniugi una sentenza di separazione: nel qual caso la giurisprudenza riesce ad un risultamento che non può ammettersi, e che di leggieri si confuta.

Schiava sempre dell'abitudine di dire *inalienabile* la dote mobiliare, anzichè incapace la moglie di alienarla, la giurisprudenza ne ha cavato questa conseguenza (esatta, se esistesse la pretesa inalienabilità), che la moglie, anche dopo la separazione di beni, non possa alienare la sua dote mobiliare, nè la immobiliare (2). Tale soluzione, la cui inesattezza si tocca con mani, vien confutata perentoriamente dagli argomenti da noi già sopra riferiti (n. II) non che dalla dottrina stessa delle decisioni.

Infatti, se il marito, nello stato normale ed ordinario della regola dotale, può alienare i mobili dotali, essi dunque non sono inalienabili perchè si è abbracciata la regola dotale. Or come potrebbero esser tali quando a questa regola si aggiunge quella della separazione di beni? Ciò è impossibile: la regola di separazione non è più limitativa della dotale; che anzi per essa potrebbe quella essere alquanto ampliata; e noi ora vedremo (n. V) che può sembrar dubbio, e che è stato molto dibattuto dalle medesime decisioni, se essa ne tolga gl' impedimenti. — Ma se ciò non deve ammettersi, è certo d' altro lato che essa non può accrescerli, e che le cose le quali si potevano alienare prima della separazione, lo si potranno anche dipoi. Dopo ciò, la quistione è la medesima che sopra, cioè *chi* possa alienare i mobili dotali dopo o prima della separazione. E siccome la mo-

(1) Limoges, 5 luglio 1816; Rig., 1 febb. 1819; Parigi, 26 agosto 1820; Agen, 15 gennaro 1824; Parigi, 10 agosto 1831; Rig., 26 maggio 1836; Poitiers, 15 dicembre 1836; Cass., 2 genn. 1837; Rig., 12 agosto 1846; Caen, 13 luglio 1848; Rig., 29 agosto 1848; Bordeaux, 26 maggio 1849; Parigi, 18 dicembre 1849; Bordeaux, 18 febbraro 1850 (Dev., 31, 2, 289; 36. 1, 775; 37, 1, 98, e 2, 49; 46, 1, 602; 48, 1, 721; 50, 2, 97, 103 e 339); Ric., 18 febb., 26, agosto, 1 dicembre 1851 (J. P 1852, t. II, p. 12, e 513.

(2) Montpellier, 22 giugno 1819; Grenoble, 24 marzo 1821; Tolosa, 7 maggio 1824; Rouen, 26 giugno 1824; Rig., 23 dicembre 1839; Rig., 31 gennaro 1842; Cass., 7 febbraro 1843; Cass., 14 novembre 1846 (Dev., 37, 2, 35; 40, 1, 242, 42, 2, 110; 43, 1, 282; 46, 1, 824);

glie, per effetto della separazione, gode di tutti i diritti che la regola dotale conferisce al marito, essa sola quindi, come prima questi, potrà disporre dei mobili, come anche godere dei beni dotali, amministrarli, esercitare le azioni mobiliari o immobiliari, anche le petitorie, perseguire infine tutti i debitori o detentori... In breve, la regola di separazione non immuta in checchessia la natura dei beni, il carattere delle cose dotali; ma bensì la capacità personale e reciproca dei coniugi. Non muta il carattere delle cose; infatti non potrebbe creare l'inalienabilità di un bene; e la regola dotale sì: essa insomma lascerà inalienabile e disponibile ciò che è tale; la dote mobiliare quindi potrà sempre alienarsi. Muta bensì la capacità delle persone; infatti la moglie, che non potea prima godere della sua dote, amministrarla, esercitarne le azioni, riacquista la capacità, e potrà quindi alienarli, siccome prima il marito: essa insomma farà tutto che quegli faceva come suo *procurator*. La giurisprudenza dunque va errata (1).

IV. — Fin qui abbiam parlato della inalienabilità *del capitale* dei beni mobili ed immobili che compongono la dote. Or come si dovranno considerare i frutti di tali cose?

Siccome è chiaro, i frutti della dote mobiliare possono intieramente alienarsi dal marito nei casi ordinari, e dalla moglie dopo la separazione di beni, a loro piacere, del pari che il capitale dei mobili dotali, checchè ne dica la giurisprudenza.

Ma si potranno anche alienare le rendite degl'immobili?

Senza dubbio queste non potranno essere propriamente e rigorosamente inalienabili, poichè debbono alienarsi per i bisogni della famiglia. Ma non per questo si dovrà dire con Troplong (num. 2388-92) che esse possano assolutamente alienarsi, e per qualsivoglia oggetto: queste rendite, come altre volte si è insegnato ed una costante giurisprudenza sotto il Codice ha deciso (2), possono per la natura stessa delle cose alienarsi dai coniugi per soddisfare ai bisogni domestici, o dopo che quelli sono stati soddisfatti.

A che varrebbe infatti che un bene fosse inalienabile, mentre se ne potrebbe alienare il godimento durante il matrimonio? Che importerebbe ai coniugi ed ai figli di avere un forte patrimonio che non può uscir della casa, se poi ne posson perdere tutte le rendite? I frutti sono legalmente destinati a far fronte ai pesi del matrimonio; e siccome il principio fondamentale della inalienabilità si è appunto di assicurare la conservazione della dote (e quindi la restituzione), si disconoscerebbe certamente, se si volesse ammettere con Troplong, che i frutti si possono del tutto alienare. Egli dice, che la moglie potrebbe domandar la separazione di beni, ove il marito impieghi svantaggiosamente le rendite; ma con la pace del dotto magistrato non ci sembra ciò esatto. Se egli è vero infatti, che il marito, prima della separazione, possa disporre a capriccio delle rendite, lo potrà anche la moglie separata, in guisa che la separazione non farebbe cessare il pericolo che ha voluto prevenire la legge. In ambi i casi adunque, obbligandosi tutte le rendite, si potrebbe esser costretti ad

(1) Varie volte abbiam dovuto trattare questa importante quistione, specialmente in occasione di un lavoro pubblicato dal nostro amico e collaboratore Paolo Pont, presidente del tribunale di Corbeil, nel *Journal du Palais* (1852, t. II, p. 513) e nella *Rivista critica* (t. III, p. 635 e seg.), in cui l'onorevole magistrato combatte con molta vivacità la nostra dottrina, e tenta di ristaurare, con argomenti speciosi davvero, il preteso principio della inalienabilità della dote mobiliare, così energicamente condannato dalle ultime decisioni della Corte di cassazione. Noi non stimiamo necessario riprodurre qui gli argomenti del novello avversario, nè di confutarli di nuovo; il lettore potrà giudicarne leggendo la *Rivista critica*, ove trovansi pubblicati il mio e il suo lavoro.

(2) Fabro (C. V, 7); Fontanella (I. 6, gl. 2, pagina 2, num. 6); Tessier (I. p. 363); Montpellier, 11 luglio 1826; Riom, 26 aprile 1827; Montpellier, 1 febbraro 1828; Parigi, 11 febbraro 1830; Rig., 26 febbraro 1834; Bordeaux, 21 ag. 1835; Caen, 18 dicembre 1837; Rig., 3 giugno 1839; Rig., 6 gennaro 1840; Poitiers 20 febb. 1840; Bordeaux, 10 aprile 1845 (Dev., 34, 1, 176; 36, 2, 50; 39, 1, 583, e 2, 186; 40, 1, 133; e 2, 171; 47, 2, 166). — *Vedi* intanto Pont e Rodiere (II 488). *Vedi* pure Rig., 25 giugno 1816, e Montpellier, 1 febbraro 1828 (Dev., 17, 1, 282; 28, 2, 194).

alienare anche gl' immobili per somministrare gli alimenti alla famiglia (art. 1558 (1371 M)); sicchè, come conseguenza della inalienabilità degli immobili, si dee restringere il dritto di disporre delle rendite... Bisogna pertanto dividere in due parti le rendite : una che abbraccia tutto quel che è necessario per la famiglia, ed è inalienabile, come il fondo, perchè solo per soddisfare quei pesi può alienarsi; l'altra parte, cioè il dippiù, che può interamente disporsi, senza alcuna condizione, secondo il libero arbitrio del proprietario.

Per questa parte adunque non può esservi alcun dubbio ; essa sarà governata in ambi i casi dalle regole del diritto comune, poichè sì il marito, quando non vi è separazione (poichè allora a lui appartengono i frutti), come la moglie, quando pronunziata la separazione riprende il godimento della sua dote, possono disporne come meglio loro piace. — Non essendovi separazione di beni, il marito ne è libero proprietario, e può impiegarla o per soddisfare i suoi debiti, o per fare degli acquisti in suo nome , o per qualunque altro uso, ed i suoi creditori possono sequestrarla ; per le obbligazioni della moglie però non potrebbe agirsi su quella parte, perchè è propria del marito. Ma dopo la separazione, la cosa va ben altrimenti ; siccome allora questa parte diviene libera proprietà della moglie, i creditori del marito non avrebbero più dritto sovr'essa, e per l' incontro quei della moglie possono sequestrarla... Coteste idee son tutte così vere ed elementari, che ci sorprende, come la giurisprudenza ha fatto , in quanto all'ultima, una distinzione che urta con tutti i principî e che mena all'errore... Per rispetto allo adempimento delle obbligazioni della moglie sul dippiù che le appartiene , la giurisprudenza ha voluto far distinzione fra le obbligazioni posteriori e quelle anteriori alla sentenza di separazione, e decide che il sequestro è permesso per le prime e non già per le altre (1). Or è questa una dottrina erronea, e Troplong ha ben ragione di condannarla.

Infatti chiunque si obbliga validamente non è egli tenuto e non può quindi esser costretto su tutti i beni liberi che gli appartengono? Supponiamo una moglie validamente e regolarmente obbligata, e che possegga solo questo dippiù, cioè un valore pienamente libero. Come dunque non la si potrebbe costringer per le obbligazioni anteriori alla sentenza di separazione, come per le altre?

E ciò dicesi, perchè nel giorno in cui si è fatto il contratto, la cosa di cui trattasi non era della moglie, bensì del marito, che solo poteva disporne! Ma come non accorgersi che tale idea si fonda su due errori che si confutano l'uno e l'altro? Da un lato infatti , non è vero che la cosa che vuolsi sequestrare sia appartenuta al marito, dappoichè i soli beni che gli sono appartenuti sono le rendite anteriori alla separazione, non quelle posteriori, le quali son sempre appartenute alla moglie. Ma se pure i beni pria di appartenere alla moglie fossero appartenuti al marito, il quale ne avrebbe potuto disporre il giorno in cui la moglie contraeva, ciò a nulla monterebbe, e i creditori potrebbero agir contro essi , che sarebbero al presente sotto la libera disposizione della moglie, poichè colui che contrae non obbliga solo i suoi beni presenti, ma bensì i futuri (art. 2092 (1962)). A mo' di esempio, il creditore di un debito da me contratto nel 1840 non potrebbe chiedere il pagamento sui beni che io ereditava nel 1845, benchè questi il giorno in cui si è stretta l'obbligazione appartenessero ad altri? Pure l'errore della giurisprudenza par che non si fondi nell'essersi la moglie obbligata prima di avere il dritto di disporre della cosa, ma nello avere assimilato con poca riflessione il caso di cui discorriamo, a quello di cui parleremo nel n. VIII; perchè nel secondo caso

(1) Cass., 9 aprile 1823; Rig., 26 febbraro 1834; Rig., 3 giugno 1839; Rig., 6 gennaro 1840; — Caen, 26 marzo 1846; Rouen, 29 aprile 1845; Caen , 22 dicembre 1845; Cass., 4 novembre 1846; Rig., 12 agosto 1847 (Dev., 23, 1, 331; 34, 1, 176; 39, 1, 583; 40, 1, 133; — 47, 1, 201; 47, 2, 161 e 164 ; 48, 1, 56).

la cosa che era libera quando agiva il creditore, *era inalienabile* al formarsi dell'obbligazione; e nel primo la cosa è ed è *stata sempre* disponibile ed alienabile. Bisogna dunque dire, come lo dicemmo innanzi la Corte suprema sostenendo il ricorso (che fu rigettato colla decisione del 1847), essere una eresia la dottrina ammessa qui dalla giurisprudenza, che noi vedremo sotto il n. VIII essere in aperta contraddizione con la esatta soluzione data dalla stessa Corte ad una analoga quistione.

V.— Le regole volute dai principî e dalla giurisprudenza sono: inalienabilità degli immobili dotali; inalienabilità (per tutto ciò che non riguarda i bisogni della famiglia) della porzione delle rendite degli immobili necessaria a tali bisogni, ma piena ed intera disponibilità del dippiù di esse. Or l'inalienabilità degl'immobili e di una parte delle loro rendite ha principio col matrimonio, e finisce col suo scioglimento.

Egli è certo che l'inalienabilità ha principio col matrimonio, ma non è ugualmente certo, anzi molto controverso, se l'inalienabilità finisce collo scioglimento del matrimonio ovvero anche colla separazione dei beni... La separazione dei beni, si può dire, è una delle regole del matrimonio sanzionate dal Codice, siccome la comunione, la regola dotale; essa regola ha come ogni altra i suoi principî particolari e non dipende nè da questa nè da quella; e del pari che la regola della comunione, essa fa venir meno del tutto la regola dotale, quando ad essa vien sostituita: che importa se i coniugi separati di beni sian tali dopo essere stati in comunione o sotto la regola dotale? Non si deve riguardare a ciò che furono, ma a ciò che sono; or essi sono separati, e non già sotto la regola dotale; quindi i beni non sono più inalienabili; Pure si aggiungerebbe: l'art. 1561 (1374 I) dichiara che gl'immobili dotali divengono prescrittibili dopo la separazione, il che avviene perchè divenuti alienabili; e l'art. 1563 (1376) permettendo qui la separazione di beni, rimanda agli articoli 1443 (1407) e seguenti, il che mostra che la separazione di cui ci occupiamo è la stessa di cui parla il capitolo della Comunione. Per tutte le ipotesi vi ha una sola separazione di beni...

Per ingegnosa che sia la dottrina abbracciata da Toullier (XIV-253), da Delvincourt (t. III) e da una decisione di Nîmes (23 aprile 1812), la è del tutto inesatta.

E in prima, i dubbî tratti dagli art. 1561 e 1563 (1374 M, 1376) non han peso: il primo, come vedremo appresso, dichiara prescrittibili gl'immobili dotali, ma non presuppone che siano essi alienabili: il testo del secondo rimanda agli art. 1443 (1407) e seguenti, non per gli effetti che la separazione produce, ma per le forme e le condizioni con cui essa può domandarsi. E poichè il Codice volle riprodurre le regole dell'antico sistema dotale, la quistione dee risolversi secondo il dritto d'allora. Su ciò non vi fu mai contraversia. La legge romana, che dava alla moglie la facoltà di domandare i suoi beni dotali quando il marito era decotto, aggiungeva: *ita tamen ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi, vivente marito et matrimonio inter eos constituto* (D., XXIII. tit 3, lib. 29); ed è stata sempre tale la regola delle nostre provincie soggette alla regola dotale (1). Con buona ragione adunque la dottrina di Toullier e Delvincourt è stata condannata dagl'interpetri del Codice e da tutte le decisioni (2).

La sentenza di separazione di beni (e quella della separazione di persona, la quale produce, riguardo ai beni, lo stesso

(1-2) Louet e Brodeau (lett. F, 30); Loyseau (*Off.*, lib. 5, cap. 2. 39); Mornac (lib. 4, ad S. C. maced.); Carondas (lib. 7, 208); Lapeyrére (lett. S, 27); Salvial (p. 437); Fontanella (cl. 7, gl. 2, parte 3, 44); Despeisses (*Dote*, sez. 2, 33); Serres (*Ord. delle donaz.*, p. 44); Merlin (*Rep.*, alla par. *Dote*, § 11, 5); Grenier (*Ipot.*, I-31); Duranton (XV-520); Tessier (I, p. 301); Benoît (I 319); Demante (*Pr.*, III, 233); Solon (*Null.*, I-112); Zachariae (*III*, p. 577. Duvergier (sopra Toullier); Troplong (*Matr.*, IV. 3598); Aix, 18 febbr. 1813; Rouen, 25 giugno 1818; Rig., 19 agosto 1819; Cass., 9 aprile 1823; Rig., 9 nov. 1826; Cass., 28 marzo 1827; Cass., 18 maggio 1830; Rig., 7 luglio 1830; Montpellier, 17 novembre 1830 (Devill., 31, 1, 68, e 2, 298); inoltre il più delle decisioni citate nella nota precedente.

effetto della prima) non fa venir meno la regola preesistente, sostituendone altra nuova, come nel caso di comunione o di esclusione di comunione, bensì modifica la preesistente aggiungendovene altra; mentre nel primo caso i coniugi non sono più in comunione o sotto l'eslusione di essa, perchè semplicemente separati di beni, essi qui rimangono, per rispetto al principio della inalienabilità, sotto la regola dotale, e van soggetti alla regola di separazione, poichè i dritti di amministrazione e gli altri che solo il marito poteva esercitare sui beni dotali, si esercitano dalla moglie. La dote è inalienabile sotto la separazione di beni per una causa, che fa sempre più risaltare la strana discordanza della regola dotale nel nostro dritto. In Roma l'inalienabilità della dote era un principio d'interesse generale, un provvedimento di ordine pubblico: *Reipublicae interest*. Bisognava pria di tutto e sempre che fosse salva la dote, nè il passare dal marito alla moglie in alcuni casi il dritto di amministrazione e di godimento, dovea modificare la grande regola che interessa allo Stato. Nulla di più naturale e di più logico: l'inalienabilità degli immobili della donna maritata è qui un principio politico, un sostegno dell'ordine sociale; per cui è semplice e necessario che ella stia sopra a tutte le combinazioni dello interesse privato. Ma quanto ciò non è ridicolo nel nostro Codice e in faccia all'unità della nostra legislazione! Per qual curioso controsenso la nostra legge ha potuto accettare tal principio come necessario all'ordine pubblico, nel mentre essa lo tollera, avendo fatto del principio opposto la regola generale e di dritto comune? Ma questa è la volontà della legge, e qui, come sempre, deve rispettarsi; nè si dimentichi quindi che la sentenza di separazione, anzichè *sostituire* la regola di separazione di beni alla precedente, *la combina* colla regola dotale (1).

VI.—Questa condizione eccezionale, non rilevata dagli scrittori, di coniugi che trovansi sotto una regola mista di separazione di beni e di regola dotale, fa sorgere una quistione assai delicata, e che niuno, per quanto sappiamo, ha fino ad ora esaminato, cioè se cotesta regola mista risultante qui da una sentenza, potrebbe stabilirsi *a priori* dai due futuri coniugi nel loro contratto di matrimonio...

Per l'affermativa si può dire: i coniugi possono liberamente stipulare quelle convenzioni che lor meglio piaceranno, purchè non contrarie ai buoni costumi (articolo 1387 (1341)); or la condizione di cui trattasi non è per nulla avversa ai buoni costumi, poichè lo stesso legislatore la crea per alcuni casi. Se si può adottare puramente e semplicemente l'una delle regole elementari indicate dal Codice (comunione legale, convenzionale, esclusione di comunione, separazione di beni, regola dotale), si possono anche combinare nelle proporzioni volute dai coniugi tali regole elementari per farne una mista, legale quanto le prime cinque; si può far coesistere una comunione sia d'acquisti immobiliari, sia di tutti gl'acquisti, o anche più larga, con la esclusione di comunione, o colla separazione di beni, o colla regola dotale (articolo 1497 (T), n. III *in fine*; art. 1499 (1394), n. V). Or potendosi combinare la comunione colla separazione di beni, e la regola dotale colla comunione, perchè non si potrebbero anche combinare la regola dotale e la separazione di beni?

Benchè appaiono plausibili tali motivi, non li teniamo per concludenti, e ci par che la quistione debbasi sciogliere negativamente... Ed in pria, non perchè la legge ha stabilito qualche volta la condizione di cui parlasi, dobbiamo inferirne che potrebbe anche stabilirsi dal volere dell'uomo; giacchè vi son condizioni che la legge permette si ottengano dall'autorità dei magistrati, e che pure non potrebbero essere oggetto d'una convenzione. Così il padre

(1) Ma se la separazione di beni non pon termine agli impedimenti della regola dotale, essa non può accrescerli, come a torto lo ammette la giurisprudenza nella quistione esaminata nel numero III.

o tutti e due i coniugi, possono essere privati di ogni potestà sui loro figli da una sentenza, ma non lo possono certamente da una clausola del contratto di matrimonio: è il medesimo della separazione di persona e di altre simili condizioni. Bisogna dunque vedere, senza aver riguardo alle cose fatte dalla legge, se con una simile stipulazione si contraffarrebbe al buon ordine; è delicato a comprendersi, ma vi si contraffà per doppio aspetto. La regola dotale infatti importa che sia inalienabile la dote della moglie e che la si amministri *dal marito;* di guisa che stabilendosi al tempo istesso la regola dotale e la separazione di beni, importerebbe ciò la inalienabilità della dote e insieme il dritto *della moglie* di amministrarla, cioè si otterrebbe da un lato la inalienabilità, senza le condizioni stabilite dalla legge (il che è impossibile, come vedemmo sotto l' articolo 1497 (T), num. III), e d'altro lato si offenderebbe la dignità del marito, togliendogli il dritto di amministrare tutti i beni dotali conferitogli dalla legge. Che ciò si possa ottenere per mezzo di una sentenza, quando imperiose circostanze lo richiedano, è naturale; ma le parti nol potrebbero punto colla semplice loro volontà. Se alla dotale si volesse aggiungere una seconda regola da applicarsi sopra determinati beni, allora reggerebbe la convenzione; e si potrebbe accoppiare la regola dotale non solo colla comunione, ma anche, e specialmente, colla separazione di beni (poichè i parafernali sono appunto dei beni soggetti a tal regola). Ma non si potrebbero nel contratto di matrimonio fondere intimamente le due regole, in modo che lo stesso bene sia insieme soggetto ad entrambe, alla prima per essere inalienabile, all'altra per essere amministrato dalla moglie; poichè in tal modo si violerebbero doppiamente le regole di ordine pubblico.

Non si potrebbe dunque eseguire, almeno intieramente, il contratto in cui siffattamente si combinassero le due regole; sicchè bisogna distinguere. Se dall'atto preso insieme sorgesse l'intenzione principale delle parti di adottare specialmente l'una delle due regole, l' altra si riputerà come una clausola accessoria del loro contratto, e si dovrà quindi ritenere la prima, essendo nulla la seconda come incompatibile colla regola stabilita. Per l'incontro, se l'atto non mostrerebbe chiara l'intenzione delle parti, sarà nullo intieramente, ed i coniugi si reputeranno soggetti alla regola della comunione legale, come se fossero maritati senza contratto.

VII.—Gl'immobili dotali che restano inalienabili non ostante la separazione di beni, possono alienarsi allo scioglimento del matrimonio, poichè allora non vi è nè regola dotale nè beni dotali, ma solo beni che furon tali durante il matrimonio, e quindi *inalienabili*; e che ora son liberi e *possono alienarsi* dalla moglie o suoi eredi.

Però ciò avviene per l'avvenire; tali beni potrebbero solo alienarsi con un atto posteriore allo scioglimento; e sarebbe come non avvenuto qualunque atto di alienazione diretta o indiretta fatto durante il matrimonio. Così, se la moglie autorizzata dal marito abbia venduto un immobile dotale, e pria che si esegua la vendita si sciolga il matrimonio, l' acquirente non potrebbe punto dopo lo scioglimento, come nè prima, pretendere lo adempimento; non importando affatto che allora sia libero il bene: questo è libero e può essere venduto ora, ma non lo si sarebbe potuto allora. Così pure, se un creditore dopo lo scioglimento pretenda lo adempimento, da parte della moglie, di una obbligazione contratta durante il matrimonio, egli non lo potrebbe per lo stesso motivo; poichè se il bene è ora libero e può alienarsi, non lo era appunto quando la moglie consentiva quell'atto per il quale lo si vorrebbe pignorare ed espropriare.

Sarà sempre così, sia che si agisca contro la stessa moglie, dopo lo scioglimento per la morte del marito, o contro i suoi eredi, dopo lo scioglimento per la morte di lei: in ambi i casi la regola è la stessa, poichè l'attore deduce il suo preteso dritto da un atto che non gliene dà alcuno, perchè formato quando il bene non si poteva alienare od obbligare. E così in fatto ha deciso la giurisprudenza.

Non di meno Troplong vi si oppone energ-

gicamente. Egli, riproducendo dopo Toullier (XIV — 334) e due decisioni del 1821 e 1834 (1), l'opinione di Fabro e Despeisses, altre volte condannata, pretende che la moglie e i suoi eredi non possono dopo lo scioglimento impedire che si eseguano le obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio sopra i beni che erano dotali, e rimprovera alla giurisprudenza di avere esagerato di troppo la inalienabilità dei beni dotali (nn. 3312-13). Ma la sua censura è senza base. Egli ha ragione di dire che chi si obbliga, obbliga tutti i suoi beni presenti e futuri; ma non seppe conoscere che si fa una eccezione a cotesto principio per i beni che appartengono al debitore quando si obbliga, ma che non possono da lui alienarsi: io posso obbligarmi, ed *obbligo* quindi di pieno dritto, tutti i miei *beni* presenti che sono liberi nel mio patrimonio; i beni futuri, se mi pervengono liberi; ma non potrei per fermo obbligare quei beni presenti di cui non posso disporre, e che son fuori commercio, come nemmeno quelli futuri che mi pervenissero anche con tale divieto. Questa regola adunque non è una troppa esagerazione del principio dotale, ma ne è la logica applicazione; e si dovrebbe dire per l'incontro che, secondo la dottrina di Troplong si restringerebbe di molto, si neghebbe quasi del tutto la inalienabilità, poichè non solo egli permette, come sopra abbiam visto (n. IV, *in pr.*), di alienarsi intieramente, durante il matrimonio, tutte le rendite degli immobili dotali, ma anche gli stessi immobili, purchè sia indiretta la alienazione, da avere il suo effetto allo scioglimento.

Nuovo sistema di protegger la moglie e conservarle la dote, con cui da un lato la si priverebbe intieramente, durante il matrimonio, di tutte le sue rendite, anche della stessa parte che servirebbe ai suoi bisogni, e dall'altro si lascerebbe intatto il capitale, durante il matrimonio, per fargliclo perdere il domani dello scioglimento! Che si voglia censurare il principio della inalienabilità della dote, e ciò sta bene; che lo si voglia chiamare illogico e funesto, e ciò abbiam fatto anche noi in principio di questo articolo, ma dopochè il principio è nella legge, bisogna che si applichi: *dura lex, sed lex.* Non si può adunque pignorare un bene e toglierlo al proprietario in forza di un atto consentito quando esso era inalienabile.

Una decisione della Corte di Tolosa e Troplong, non contenti di quel primo errore, un altro ve ne aggiunsero, colla distinzione tra la moglie e suoi eredi da loro posta innanzi. O l'obbligazione contratta dalla moglie è nulla, perchè contraria al principio della inalienabilità, ed allora nè gli eredi, nè la moglie sarebbero tenuti a risponderne, poichè il principio è stabilito per ambidue (come sorge dall'articolo 1560 (1373) il quale dichiara che alienandosi indebitamente il fondo dotale, la moglie *o i di lei eredi* potranno far rivocare l'alienazione); o l'obbligazione non è per nulla contraria alla inalienabilità, ed allora può ripetersi contro la moglie e contro i suoi eredi. Questi e la moglie sono tutt'una cosa; il dritto degli uni è appunto quello dell'altra, che si trasmette dall'autore ai suoi rappresentanti; e non sappiam da dove abbian potuto cavare tal distinzione. E tanto più sembra strano in Troplong cotesto errore, poichè non solo Toullier seppe schermirsene, e lo riprovò pure la decisione di Parigi, poichè, secondo lui, gli eredi dovrebbero rispondere della obbligazione perchè *la moglie ha loro trasmesso le sue obbligazioni personali*, ma la stessa decisione di Tolosa, allegata da Troplong, lo propose e lo disdisse immediatamente, con una contraddizione che il dotto magistrato si sforza in vano di covrire: « Attesochè, dice la decisione, se l'inalienabilità *non permette di volere adempite dalla moglie* sopra i beni dotali, anche dopo sciolto il matrimonio, le obbligazioni da lei durante il matrimonio contratte, *non sarà pur così*, se si agisca morta la moglie *contro i suoi eredi;* poi-

(1) Parigi, 13 marzo 1821; Tolosa, 27 nov. 1834 (Dev., 35, 2, 462).

chè *contro essi infatti, per l'adizione della eredità*, *devono intentarsi tutte le azioni che potevano dirigersi contro la moglie.* » Strano argomento è questo : « Si possono esercitare contro gli eredi della moglie tutte le azioni che si potrebbero esercitar contro essa; or la tale azione *non si può* esercitare contro la moglie, quindi *si potrà* esercitar contro i suoi eredi! » Sì certamente; contro gli eredi si possono sperimentare tutte quelle azioni che si potevano contro la moglie stessa; ma da ciò sorge appunto il contrario, cioè che gli eredi sono o no obbligati, secondo che la moglie lo sia o pur no; che non si può fare veruna distinzione, e che o tutti saranno obbligati o nessuno. Or quest'ultima idea è la sola vera; a ragione quindi la giurisprudenza, non ostante la censura di Troplong, ha sempre così giudicato (1).

VIII. — Abbiam sopra cennato (n. IV, *in fine*), sostenendo con Troplong che le obbligazioni contratte dalla moglie prima della separazione di beni possono eseguirsi sul dippiù delle rendite raccolte dalla moglie separata di beni, che la contraria soluzione della giurisprudenza sembra esser nata dall'avere con poco senno assimilato tal caso a quello di cui qui trattiamo. — È molto naturale infatti il dire a primo aspetto, che come sull'immobile dotale, il quale può alienarsi dalla moglie dopo lo scioglimento, non si possono eseguire le obbligazioni da quella prima contratte, così anche le medesime obbligazioni non si possono eseguire sul dippiù delle rendite. Ma, appena vi si ponga mente, si riconoscerà essere ciò inesatto, e la soluzione della giurisprudenza è di nuovo confutata col paragone delle due ipotesi.

E in vero, se nel caso di cui trattiamo l'obbligazione anteriore allo scioglimento non può eseguirsi sopra tali beni, ciò avviene perchè di essi allora non si potea disporre, mentre nell'altro caso il bene si è *potuto sempre* ed intieramente alienare. Sicchè l'errore della giurisprudenza, dal noi già sopra confutato (n. IV), consiste nell'aver troppo, e falsamente, esagerato il principio della inalienabilità della dote.

In una simile esagerazione era incorsa anche la Corte di Caen nel 1840; ma la Corte Suprema annullò la decisione. Una moglie che si era costituita in dote i suoi beni futuri, contrae qualche obbligazione durante il matrimonio; però solo dopo la morte del marito pervennero ad essa degli immobili. La Corte di Caen, la quale prima nel 1836 avea giustamente giudicato che le obbligazioni poteano eseguirsi sopra i beni così pervenuti dopo lo scioglimento, nel 1840 giudicò in senso contrario, perchè la moglie non poteva obbligare durante il matrimonio i beni costituiti in dote. L'errore si scorge chiaramente. I beni di cui si trattava erano pervenuti alla moglie dopo lo scioglimento del matrimonio, quando non esisteva più la regola dotale; essi dunque non erano dotali, e quindi inalienabili; cotalchè la moglie poteva obbligarli. Il debitore, come sopra abbiam detto, può obbligare ed obbliga di pieno diritto non solo i beni presenti che egli ha liberi, ma anche quelli futuri che gli perverranno liberi; or questo appunto era il caso che si presentava : quando la moglie si obbligava, non le erano ancora pervenuti i beni, che dipoi entrarono liberi e disponibili nel di lei patrimonio. A ragione dunque fu cassa la decisione (2).

Inoltre la Corte suprema colla sua decisione, che è certo esattissima, rende più evidente l'errore di quella Corte sul dippiù delle rendite della moglie separata di beni, poichè in questo caso come nell'altro, la cosa non era ancora entrata nel patrimonio

(1) Riom, 2 febbraro 1810; Riom, 2 fèbbr. 1820; Riom, 26 aprile 1827; Cass., 26 agosto 1828; Caen, 8 dicembre 1828; Rig., 11 genn. 1831; Rig., 8 marzo 1832, Bordeaux, 2 marzo 1833; Parigi, 12 giugno 1833; Caen, 24 dic. 1839; Rouen, 29 aprile 1845; Parigi, 28 agosto 1846; Cass., 16 dicembre 1846; Cass., 30 agosto 1847 (Dev., 32, 1, 333; 33, 2, 372; 40, 2, 132, 47, 1, 194 e 740; 47, 2, 162-164); Parigi, 7 marzo 1851 (Dev., 51, 2, 289); Douai, 27 luglio 1853 (Dev., 54, 2, 131). — Vedi pure Duranton (XV-531); Benoît (II-240); Tessier (I-62); Seriziat (II-142); Pont e Rodière (II-1218); Dev. (47, 1. 193).

(2) Caen, 26 giugno 1835; Caen, 9 luglio 1840; Cass., 7 dicembre 1842 (Dev., 40, 2, 402-409; 43, 1, 131).

della moglie quando ella stringeva l'obbligazione, e vi entrò dipoi disponibile. Addippiù nella specie della Corte di Caen la cosa di cui si trattava era stata sempre alienabile perchè pervenuta dopo il matrimonio, e per lo meno non avrebbe potuto alienarsi se esistita al tempo della obbligazione (il che rende in qualche modo scusabile lo errore), mentre che il dippiù delle rendite si potrà sempre alienare in qualsivoglia caso, poichè prima poteva disporne il marito e poi la moglie.

3. Eccezioni al principio d'inalienabilità.

1555 (1368 M).—La moglie può coll'assenso del marito , ed in caso di rifiuto , coll'autorizzazione giudiziale , dare i suoi beni dotali per il collocamento dei figli che ella avesse da anteriore matrimonio ; ma se non è autorizzata che giudizialmente , deve riservare l'usufrutto al marito.*

1556 (1369).—Può ancora coll'autorità del marito dare i suoi beni dotali per collocare i figli comuni.

SOMMARIO.

I. Due specie di eccezioni ben differenti fatte al principio della inalienabilità, una delle quali abbraccia quattro classi.

II. La prima non si trova scritta nella legge: riparazione dei delitti della moglie; quali spese deve pagare la moglie negli atti che si riferiscono alla sua dote.

III. 2ª Classe: *Collocamento dei figli della moglie. Controversia sulla differenza tra il caso di figli di un precedente matrimonio e quello di figli comuni. Significato della parola* donare.

IV. La moglie, anzichè alienare i suoi immobili, può ipotecarli. Controversia.

I. — Il principio dell'inalienabilità degli immobili soffre due sorta di eccezioni distinte l'una dall'altra. L'una diretta, in forza della quale gl' immobili della moglie , benchè presso di lei *inalienabili*, possono alienarsi per talune cause che esamineremo negli art. **1555, 1556, 1558, 1559 (1368 M, 1369, 1371 M, 1372)**. L' altra eccezione è indiretta, ed ha luogo quando i coniugi , derogando ai principî, stipulano nel loro contratto, che non ostante la regola dotale ed il carattere di beni dotali dato ad alcuni immobili, questi saranno *alienabili* (art. **1557 (1370)**). Nel primo caso adunque parlasi di immobili inalienabili che per eccezione possono in talune circostanze determinate alienarsi; nel secondo, di immobili che per eccezione alle regole ordinarie della regola dotale non diventano inalienabili. Nel primo, l'eccezione versa sulla inalienabilità della cosa, perchè la si permette alle volte di alienarsi benchè sia inalienabile; nel secondo non esiste l'inalienabilità perchè i coniugi invece della pura regola dotale, ne adottano una imperfetta e più mite, sotto la quale gl'immobili dotali rimangono in commercio. Cotesta eccezione è molto diversa dalla prima, ed a torto i compilatori del Codice han posto l'art. **1556 (1369)** , che tratta dell'una, tra i varî articoli che sviluppano l'altra. Noi collocheremo l' art. **1557 (1370)** dopo l'articolo **1559 (1372)**.

L'eccezione diretta e propriamente detta alla quale bisogna por mente innanzi tutto (appartenendo alla regola dotale ordinaria, mentre l'altra ne crea una ristretta, e senza il suo carattere principale, e deroga così

* Il nostro articolo 1368 è così concepito:
La moglie, ecc., ma se non è autorizzata altrimenti che per mezzo del giudice, dee riservare l'usufrutto al marito, salvo se la moglie sia tenuta a dotare in sussidio.
— Non è vietata dalla legge la donazione di parte della dote che fa la madre, col consenso del marito, ad uno de' figli, riserbando l'usufrutto durante la vita de' genitori di lui, senza ledere la riserba e senza rivocare prima di morire la donazione già fatta. C. S. di Napoli, 19 dic. 1846.

al dritto comune in materia di dote) abbraccia varî casi che possono dividersi in quattro classi: 1° due casi in cui l'alienabilità voluta dalla natura stessa delle cose, è ammessa nel Codice, ma non vi è scritta; 2° il collocamento de' figli, pe' quali può farsi l' alienazione colla semplice volontà dei coniugi (art. 1555-56 (1368 M-69)); 3° i casi in cui deve farsi col permesso del giudice ed agli incanti (artic. 1558 (1371 M)); 4° in ultimo la permuta che deve pure essere autorizzata dal giudice (articolo 1559 (1372)).

II. — L'immobile dotale si è potuto sempre alienare e pignorare, onde rindennizzare i reati della moglie. L' inalienabilità essendo stabilita qual principio d' ordine pubblico, la moglie non potea avvantaggiarsene contro i suoi reati. Tale idea è generalmente ammessa nel Codice siccome nell'antico dritto (1).

Nè intendiamo parlare solo dei reati previsti dalla legge penale, ma eziandio di quelli puramente civili; cioè di tutti i fatti dolosi e fraudolenti. Del resto si può allora agire contro la nuda proprietà dei beni dotali della moglie, essendo l'usufrutto del marito, tranne che questi non sia complice della moglie.

Gl' immobili dotali possono ugualmente alienarsi onde pagare le spese dovute dalla moglie pei litigi che ha personalmente sostenuto per la sua dote, poichè appunto per essa si sono fatte le spese. Quando il patrocinatore della moglie ha anticipato le spese per far pronunziare la separazione di beni, e il marito è insolvente, e la moglie non ha beni parafernali onde pagare quel debito, le anticipazioni debbono soddisfarsi sulla dote (2).

III.—Eccoci ora alle cause d'alienazione espressamente scritte nella legge.

E in prima, la moglie per collocare i suoi figli, può disporre dei suoi immobili dotali, siano nati dal matrimonio o da uno precedente; con questa sola differenza che trattandosi dei figli di un precedente matrimonio, la moglie può, ove il marito si nieghi, ottenere la necessaria autorizzazione dal giudice, salvo l' usufrutto del marito (art. 1555 (1368 M)); mentre per un figlio comune ad ambi i coniugi, l'autorizzazione del giudice non può sostituir quella del marito; poichè la legge presume, e con ragione, che il padre non senza buoni motivi si possa negare al collocamento di un figlio (1556 (1369)). Contro cotesta distinzione si è detto che il legislatore non volle riprodurre nello articolo 1556 (1369) l'alternativa dell'articolo 1555 (1368 M), per evitare una inutile ripetizione; avvegnachè sieno generali i termini dell'articolo 219 (208) secondo il quale la moglie può rivolgersi al giudice, quando il marito non l'autorizza a fare un atto (3).

Ma tale idea non è da ammettersi, dappoichè se il legislatore avesse voluto confondere i due casi, non avrebbe dettato due diversi articoli per esprimere la medesima regola. Non è quindi da applicarsi il principio generale dell'art. 219 (208), poichè si ha quello speciale dei nostri articoli; l'atto che interessa il figlio comune riguarda tanto il marito che la moglie (4).

La legge non parla soltanto di un col-

(1) Duperrier (Quist. not., lib. 1, quest. 3); Lapeyrére (lett. D, 32); Valin (Rochelle, I, p. 532); Roussilhe (I. p. 385); Boniface (6, 3, 15); Basnage (Normandie, art. 544); Brodeau sopra Louet (lett. G, 52, 6); Toullier (XIV-347); Duranton (XV-533); Dalloz (X, p. 357); Pont e Rodière (II-538); Troplong (IV-3324); Nîmes, 28 agosto 1827; Caen, 18 febb. 1830; Limoges, 17 giugno 1835; Cass., 13 dic. 1837; Caen, 14 maggio 1839; Caen, 17 agosto 1839; Riom, 10 febbr. 1843; Caen, 11 febbraro 1845; Rig., 4 marzo 1845; Cass., 4 marzo 1845; Rouen, 7 agosto 1846; Rig., 7 dic. 1846; Rig., 22 dic. 1847 (Dev., 36, 2, 61; 38, 1, 37; 39, 2, 349; 40, 2, 12; 45, 1, 513 e 2, 69; 47, 1, 816). Quanto alla decisione del 22 dic. 1847 sul ricorso Barbier C. Allabarbe non l'abbiamo trovata in nessuna raccolta; ma Troplong ne dà distesamente i ragguagli (pag. 421 e 430).

(2) Tolosa, 20 marzo 1833; Agen, 11 maggio 1833; Caen, 14 agosto 1837; Nîmes, 5 apr. 1838; Caen, 6 luglio 1842; Riom, 9 aprile 1845 (Dalloz. 33, 2, 113; 34, 2, 47; Dev., 38, 2, 49, e 346; 43, 2, 92; 45, 2, 506).

(3-4) Cont. Toullier (XIV-191); Duranton (XV-497); Rouen, 24 dic. 1841 (Dev., 42, 2, 77). Conf. Delvincourt (III); Benoît (1-61), Zachariae (III, pagina 587); Pont e Rodière (II, 507); Odier (III, 1277); Troplong (IV, 3347); Limoges, 2 sett. 1825 Dall., 36, 2, 25).

ocamento per matrimonio, ma d'uno qualunque cioè di tutto quel che può assicurare al figlio uno stato, una professione.

Si dovrà, secondo i casi, noverare fra le spese di collocamento, il danaro del cambio militare, che è il primo passo per collocare i giovani che non hanno ragione di dispensa o di esenzione dal servigio (1).

Da ciò che diciamo del cambio militare ben si rileva come la moglie, secondo i nostri articoli, possa donare i suoi beni dotali nel senso più largo; infatti se si vuole acquistare ad un giovane un impiego o un fondo di commercio, per qual motivo la legge dovea richiedere che la madre anzichè vendere un podere, ne facesse donazione al figlio perchè questi poscia lo vendesse? A che tal giro; e perchè far pagare due volte il dritto di mutazione dell'immobile? Il Codice adopra la parola *donare*, non per indicare il solo modo di alienazione che sarebbe permesso alla madre, ma perchè, qualunque sia il modo della alienazione, essa vantaggerà sempre il figlio, vi sarà sempre una liberalità, una donazione (2).

IV. — È un punto più delicato se il permesso di alienare gl'immobili dotali accordato dai nostri articoli abbracci anche l'ipoteca: ma non ci par dubbio che debba dirsi del sì. Noi non crediamo come Troplong (3352-3364) che una tal quistione e quelle che vi si rannodano siano così evidenti da escludere il dubbio, e che il sistema contrario sia il risultamento di una frenesia la cui sragionevolezza non merita confutazione; ma i dubbi non valgono a smuovere la nostra convinzione... Ecco d'onde essi sorgono.

È noto che nel dritto romano l'impossibilità di ipotecare l'immobile dotale non era semplice conseguenza dell'impossibilità di alienarlo; ritenevasi anzi la prima di maggiore importanza della seconda, tanto che l'avea preceduto di molti secoli, ed il divieto della ipoteca esisteva già, allorchè Giustiniano vi aggiunse come a compimento quello della alienazione.

La moglie, alienando, si priva del suo immobile con piena conoscenza di causa, mentre potrebbe essa acconsentire l'ipoteca nella speranza di un pagamento, che poi non potrebbe effettuarsi, e per cui poi dovrebbe fare una alienazione a cui non avea pensato. Del resto la moglie alienando, avrà il prezzo dell'immobile venduto, il quale potrà essere molto vantaggioso, perchè il momento era opportuno, e propizie le circostanze; ipotecando invece, potrebbe soffrire una espropriazione forzata, che potrà avvenire spesso in un momento inopportuno, per un meschino prezzo, che in gran parte potrà essere assorbito dalle spese. È dunque falso il dire con Troplong che la facoltà di alienare comprenda qui l'altra di ipotecare, siccome *il più* comprende il *meno;* qui invece l'ipoteca è il più, e l'alienazione il meno. Non si può dunque dire che gli articoli, permettendo per eccezione di alienare, racchiudano qual conseguenza il permesso d'ipotecare. Nè l'idea tacita dell'ipoteca si può intender compresa in quella della alienazione, perchè il Codice parla sempre della alienazione negli articoli che la permettono (1555, 1556, 1557 e 1558 (1368, 1369, 1370 e 1371)), mentre parla successivamente e dell'alienazione e della ipoteca quando stabilisce il principio del divieto (1554 (1367)).

Invano si dice che non debba farsi alcun conto del manco della parola ipoteca nell'artic. 1554 (1367), perchè superflua dopo quella dell'alienazione (poichè, quand'anche non scritta dovrebbe sempre esser vietata secondo i principî generali). Falsa

(1) Rouen, 21 febb. 1828; Grenoble, 21 gennaro 1835; Nîmes, 10 aprile 1837; Caen, 21 giugno 1844 (Dall., 35, 2. 66; Devill.. 38, 2, 112; 45, 1, 156). — *Conf.* Toullier (XIV-192); Duranton (XV-494); Benoît (I-222); Pont e Rodière (II-510); Troplong (IV-3356). — *Vedi* ancora Limoges, 31 maggio 1838; Agen, 5 dic. 1848; Grenoble, 15 febb. 1850 (Dev., 39, 2. 23; 49, 2. 45; 51, 2, 325). *Vedi* pure Tessier (I-78, p. 449); Coulon (II, p. 441).

(2) La donna maritata sotto la regola dotale potrebbe *garantire* sopra i suoi beni dotali la restituzione della dote che si costituirebbe, maritandosi, il coniuge di uno dei suoi figli: tal cauzione deve comprendersi anche nella parola *donare* usata dall'art. 1556 (1369). Montpellier, 7 giugno 1825; Limoges, 3 marzo 1854 (Dev., 26, 2, 223; 54, 2, 352). *Vedi* pure Troplong (IV-3351). — *Vedi* intanto Limoges, 6 genn. 1844 (Dev., 44, 2, 588).

Sarebbe allora ben facile la frode, ma il testo parla chiaro: bisogna che si tratti di *liberare dalla prigione* il marito o la moglie (1). Inoltre bisogna che la prigionia sia di qualche momento e non una astuzia combinata tra i coniugi ed un terzo, il quale presentasi qual creditore dell'uno di essi, e fa imprigionarlo, d'accordo con esso, onde procurare con frode ai coniugi il mezzo di sfuggire ai rigori della regola dotale. Se così fosse, i magistrati dovrebbero non solo ricusare il permesso di vendere, ma quand'anche sorpresi avessero permesso la vendita, il terzo che per frode si sarebbe fatto credere debitore, potrebbe dipoi, ad istanza della moglie o dei suoi eredi, essere dichiarato complice della frode, che ha fatto perdere alla moglie (quantunque col suo consenso e per sua colpa) l'immobile dotale; e dovrà ristorarla (2).

Su tal riguardo il giudice sarà libero; egli valuterà le circostanze per accordare o negare il permesso; e se egli lo *deve* negare quando il caso non è realmente nei termini della legge, *lo può* anche se della libertà del coniuge non torni gran conto alla famiglia: come se per esempio si trattasse di un marito dissipatore, il quale, uscendo dalla prigione, anzichè riparare i danni sofferti dalla famiglia, li accrescerebbe colle sue pazze spese (3).

Ben si comprende che la moglie pagando col ritratto dell'immobile i debiti del marito, riman creditrice verso di lui delle somme pagate.

II. — Può anche permettersi l'alienazione per provvedere di alimenti o i coniugi o i figli o i parenti o gli affini, a cui son dovuti secondo gli articoli 203, 205, 206 (193 M, 195, T); *per alimenti* non intendesi solo quanto è necessario ai bisogni della persona, sia in buona o in mala salute, ma tutto quel che bisogna alla vita, al nutrimento dell'anima, come a quello del corpo; cotalchè vi si comprendono tutte le spese indispensabili alla educazione dei figli (4).

L'art. 511 della Consuetudine di Normandia sembra che pareggi, per il regresso ulteriore della moglie contro il marito, il caso che trattiamo con quello del marito tratto dal carcere mercè il pagamento dei suoi debiti col prezzo dello immobile dotale. In tal senso la regola urterebbe ai principj e non dovrebbe oggi seguirsi. Spetta è vero al marito provvedere ai bisogni *della famiglia*, ma se a lui mancano i *mezzi* e invece ne ha la moglie, l'obbligo è di costei, la quale alimentando con la sua dote la famiglia, adempie il proprio dovere. Se dipoi il marito, come lo voleva la Consuetudine, avesse miglior fortuna, il debito tornerebbe ad esser suo, e poichè da quel punto non dovrebbe più adoperare i valori dotali, la moglie avrebbe contro lui il regresso per ciò che egli ne toglierebbe: in tal senso la regola della Consuetudine, non spiegata in Basnage, sarebbe esattissima. Anche in tal senso si può approvare, senza che se ne ammettano tutt'i motivi, una recente decisione che accorda il regresso agli eredi della moglie nel caso in cui questi provavano che il marito avea raccolto dei beni subito dopo alienato l'immobile della moglie, offrendo anche di provare averne lui avuto sempre e dissimulatili con frode, onde ottenere l'autorizzazione di vendere (5). Ma tutto quello che la moglie avrà speso nella insolventezza del marito, non le darà mai luogo a regresso contro di lui quand'anche venuto poi in prosperà fortuna.

III. — In terzo luogo può autorizzarsi la

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Dote*, § 8); Toullier (XIV-199); Tessier (I-73); Duranton (XV-509); Troplong (IV-3441); Caen, 4 luglio 1826; Rouen, 21 gennaro 1838; Cass., 26 aprile 1842 (Dev., 38, 2, 104; Dall., 42, 1, 250). Contr. Toullier (V, p. 309); Pont e Rodière (II-513). *Vedi* pure Caen, 3 genn. 1853 (Dev., 53, 2, 575), e Cassaz., 30 dic. 1850 (Dev., 51, 1, 29).

(2) Cass., 25 luglio 1842 (Dev., 42, 1, 753).

(3) Caen, 6 genn. 1845 (Dev., 46, 2, 70).

(4) Rouen, 26 maggio 1840; Caen, 27 gennaro 1843; Caen, 7 marzo 1845 (Dev., 42, 1, 494; 44, 2, 178; 45, 2, 583); Agen, 13 luglio 1849 e 18 giugno 1851; Nimes, 26 luglio 1853 (Dev., 49, 2, 367; 52, 2, 17; 53, 2, 688). — *Vedi* pure Pont e Rodière (II-515); Troplong (IV-3450); Demolombe (IV-4 e 5).

(5) Troplong (nn. 3455-56); Nimes, 22 ag. 1842 (Dev., 42, 2, 475).

endita dell'immobile dotale per pagare i ebiti della moglie o di coloro che hanno ostituito la dote, purchè abbiano data certa nteriore al matrimonio; ma il tribunale non ovrà dare il permesso ad istanza dei creditori e per autorizzare i loro procedimeni, bensì ad istanza dei coniugi, pei quali sono scritte le varie disposizioni del nostro art. 1558 (1371).

Questo caso, non più difficile degli altri, richiede maggiore spiegazione ed offre tal varietà di ipotesi e di distinzioni che è d' uopo di più diligente esame. Il quale è tanto più necessario, in quanto il caso di debiti anteriori al matrimonio è stato generalmente poco compreso, e male spiegato dagli scrittori, soprattutto da Delvincourt, Toullier e Zachariae. — Delvincourt intende che il permesso che deve ottenersi e le formalità che debbono adempirsi sono dirette ai creditori (nel mentre non trattasi affatto di loro) e non prevede alcuna delle ipotesi su cui è necessario di insistere. Toullier (XIV, nn. 207-211) muovendo dalla stessa idea vi aggiunge le conseguenze dell' errore più sopra confutato (art. 1550 (1363)), cioè che il marito non ha sui beni dotali i dritti reali di godimento. Zachariae infine (III, p. 558) non dice *cosa alcuna*, ma riproduce puramente e semplicemente il testo del Codice.

Cotesta autorizzazione non può accordarsi ai creditori, come molti han creduto. Delle due cose l'una: o i creditori anteriori al matrimonio han serbato, non ostante la costituzione della dote, il dritto di agire sugli immobili della moglie, ed allora non han d'uopo di permesso per esercitare il proprio dritto; o il loro dritto di azione è venuto meno, ed il tribunale non potrebbe accordar loro un dritto che la legge ricusa... I creditori anteriori al matrimonio avranno ora il dritto di agire sugli immobili dotali ed ora no. Bisogna per ciò far distinzione fra i creditori della moglie e quelli del terzo che ha costituito la dote: veder poi da chi costituiti, e come, gli immobili contro i quali si vuole procedere.

I creditori personali della moglie non avranno azione sull' immobile a lei costituito da un terzo, poichè esso (che pria non li garantiva affatto, perchè non era nel patrimonio della loro debitrice) vi è entrato di poi col carattere della inalienabilità. Certo per disavvedutezza Duranton insegna il contrario (XV-503) come cosa, crede egli, *non dubbia*. L' onorevole professore ci dice non potere i creditori pignorare l' usufrutto perchè appartiene al marito, bensì la nuda proprietà, perchè oramai della moglie loro debitrice. Ma ciò è erroneo. Perchè un oggetto si possa pignorare vuolsi non solo che sia del vostro debitore, ma che sia pignorabile, nè fuori commercio, e qui manca la seconda condizione perchè nel medesimo atto in cui si costituiva l'immobile alla moglie, lo si è dichiarato indisponibile, inalienabile. Dunque i creditori non avranno azione su tale immobile dotale. Ma l' avran sempre su quello costituitosi dalla stessa moglie: 1° se essa si è costituito tutti i suoi beni; perchè tutti insieme i beni rimanendo obbligati alle loro passività (*non sunt bona, nisi deducto aere alieno*), veramente dotale ed inalienabile sarà quel che rimane pagati i debiti; 2° se l'immobile che vuolsi pignorare, essendo stato individualmente costituito, era pria della costituzione ipotecato in vantaggio del creditore; perchè l'inalienabilità acquistata non può nuocere al creditore proprietario, in danno del quale nulla può consentire il debitore; 3° in fine nel caso eccezionale in cui si proverebbe dal creditore che si è costituito individualmente in danno dei suoi dritti un immobile non ipotecato: ma potrebbe allora pignorare soltanto (se la sola moglie ha agito con frode) la nuda proprietà della cosa, essendo la costituzione di dote per rispetto al marito un atto a titolo oneroso, ed altresì l'usufrutto trasmesso al marito, se prova ch'egli abbia avuto parte alla frode (art. 1167 (1120), n. IV). Ma nè la nuda proprietà degl'immobili non ipotecati al debito ed individualmente costituiti senza frode, non possono dai creditori pignorarsi ed espropriarsi, non ostante la contraria

dottrina del più degli scrittori, e specialmente di Troplong (1), dappoichè cotali beni, essendosi costituiti in dote, sono usciti dalla parte libera disponibile del patrimonio della moglie. D'altronde cotesti scrittori han detto per incidenza la loro proposizione senza discutere, esaminare, senza neanco aver visto la ragion motiva della decisione, la quale forse li avrebbe spinto ad una soluzione diversa.

Il patrimonio della moglie è diviso dalla legge in due parti, di cui l'una (i beni parafernali), rimane libera ed è sempre il pegno dei creditori secondo l'artic. 2093 (1963), mentre l'altra composta dei beni dotali i quali sono indisponibili, come se fossero di un terzo. Ne segue da ciò che quando un immobile del patrimonio libero della moglie è entrato nello inalienabile, non possono più i creditori espropriarlo come se passato dal patrimonio libero in quello di un terzo. Così dunque come i creditori posson pagarsi sull'immobile venduto dal loro debitore, dove provino esser per loro inefficace la vendita, o perchè hanno ipoteca anteriore all'alienazione, o per la frode che vi è in essa, così non posson pagarsi sullo immobile individualmente costituito in dote, che per l'una di coteste due cause. Brevemente, non importa ove sia andato l'immobile della moglie, bastando per risolvere la quistione che l'immobile sia uscito dal patrimonio libero e pignorabile della moglie.

I creditori di colui che ha costituito la dote, non avran mai azione nè su i beni che la moglie si ha costituito in dote, nè sui parafernali, poichè essa non è loro debitrice; potranno bensì agire sopra gli immobili costituiti dal loro debitore nei tre casi sopra indicati: 1° quando si sono costituiti in dote tutti i beni; 2° quando l'immobile costituito individualmente era ipotecato; 3° quando la dote si è costituita con frode; ma per agire sulla nuda proprietà è mestieri che la moglie fosse stata a parte della frode (articolo 1440, n. I (T)), e per agire sul dritto di godimento del marito, è bisognevole che egli sia stato anche partecipe della frode (art. 1543 (1356 M), n. II, *in fine*).

Oltre ai tre casi indicati i creditori della moglie o di colui che costituisce, potranno sempre agire sull'intiera proprietà, se nel contratto di dote si fosse formalmente imposto l'obbligo di pagare i creditori. In tal caso non può esservi difficoltà; ma le precedenti spiegazioni riguardano un contratto in cui non si fa parola di debiti.

Dopo le osservazioni sul dritto più o meno esteso dei creditori della moglie o di colui che costituisce, spiegheremo la terza regola del nostro articolo.

Ella è semplicissima: nè tratta, *come* han pensato Toullier, Delvincourt ed altri, di regolare i dritti dei creditori, ma solo di dare ai *coniugi*, come nei quattro casi dell'articolo, *una facoltà* di cui potranno far uso col permesso del giudice. Abbiano o no i creditori il dritto di agire, siano della moglie o del terzo che costituisce, purchè i loro crediti abbiano una data certa anteriore al contratto di matrimonio, in tutti i casi il tribunale, se lo crede opportuno, può autorizzare la vendita degl'immobili dotali, onde pagarli. La regola dunque non è solo stabilita per un creditore che potrebbe pignorare l'immobile dotale, ma altresì, e principalmente per un creditore che non ha il dritto di agire. Quando si è costituito un immobile individualmente e senza frode, ed il creditore della moglie è un semplice chirografario, quella, che non avendo beni parafernali potrebbe non pagarlo durante il matrimonio, può farsi autorizzare a pagarlo con vendere una parte dei suoi immobili dotali. Gli è questo un voto moralissimo ed imposto dalla giustizia, epperò bisogna far declinare dal suo rigore il principio dell'inalienabilità. Inoltre, quand'anche il creditore, che non ha azione per farsi pagare, sia del terzo non della moglie, i coniugi debbono pagarlo: e molto deve calere alla moglie (che se non ha parafernali, può esser ricca di beni dotali) di non disonorare la memoria del

(1) Tessier (nota 642); Duranton (XV-512); Pont e Rodière (II-518); Troplong (3161).

no benefattore che le ha lasciato tutti o na parte dei suoi averi, negandosi a pagare 15, o 20,000 fr. a un creditore di lui; amore della sua fama, l'interesse dei figli, utto la stringe a pagare il creditore, e a legge dovea dargliene i mezzi... Diciam oi che altresì, ed anche specialmente, la nostra regola è dettata pei creditori che non possono pignorare i beni. In ciò solo è in vero necessaria, perchè nel contrario caso, il creditore avrebbe potuto ottener sempre il pagamento, pur senza la nostra disposizione, la quale è utile, dacchè permette ai coniugi di dar principio e spontaneamente pagare, senza soffrir le spese e la vergogna dell'espropriazione, ma non indispensabile come nell'altro caso.

Si vuol dalla legge che i crediti abbiano una data certa anteriore non solo al matrimonio, ma al contratto di esso; perchè non bisognava che con obbligazioni sottoscritte nell'intervallo dal contratto alla celebrazione si attentasse alla dote stabilita nel contratto (1).

Spetta del resto ai tribunali decidere in fatto se sia provato essere il debito anteriore al contratto.

IV. — In quarto luogo il nostro articolo autorizza l'alienazione di tutto o d'una parte dell'immobile dotale per le straordinarie riparazioni indispensabili a conservare lo stesso immobile od altri ugualmente dotali. Perchè il tribunale possa permettere la vendita, qui come negli altri casi è d'uopo che le riparazioni siano straordinarie; quelle di manutenzione, per quanto ragguardevoli, non sarebbero sufficienti. Nè si potrebbe vendere, se si volesse fare una nuova costruzione, una migliore distribuzione degli edifici, od altro insomma che non tenda alla conservazione dello immobile. Come nei casi precedenti, è forza che la vendita sia imposta da urgente necessità, quando cioè la moglie non abbia beni parafernali per fare le riparazioni straordinarie, senza di cui sarebbesi perduto l'immobile (2).

V. — In ultimo, si può permetter la vendita della porzione che ha la moglie in un immobile indiviso riconosciuto indivisibile, ma non già della porzione di un immobile che può dividersi o ad istanza del comproprietario o dei coniugi.

Infatti, quando l'immobile indiviso si divide, non vi è legalmente alienazione: la moglie che per la divisione è riputata aver avuto *ab initio* unicamente la porzione divisa che le perviene, riceve un immobile di natura dotale, e che essa serba come tale: la legge non si occupa di questo caso. Ma quando non si possa dividere l'immobile e debba vendersi per dividerne il prezzo fra i suoi comproprietari, è allora il caso dell'articolo, e i coniugi debbon metterlo agli incanti col permesso del tribunale il quale dichiarerà se l'immobile sia realmente indivisibile. — Dopo ciò, se la moglie, o per se stessa o pel marito che agisce in nome suo, si faccia aggiudicataria dello immobile, essa sarà proprietaria dell'intiero, il quale però non sarà tutto dotale (tranne non si sia costituita i suoi beni futuri) poichè la dote non può accrescersi durante il matrimonio: l'immobile è solo dotale per la porzione che prima spettava alla moglie. Se altri lo acquisti, essa riceverà, per la sua porzione, una determinata somma, la quale dovrà impiegarsi, come vedremo nel numero seguente.

VI. — Diam fine alla spiegazione del nostro articolo, esaminando le varie regole comuni ai cinque casi in esso preveduti.

Bisogna in prima una sentenza che autorizzi la vendita e dichiari essere i coniugi nell'uno dei casi indicati dalla legge. Ma l'acquirente dello immobile dotale non ne è sempre del tutto garantito; l'errore del tribunale può ridondare a danno di lui. In tal caso bisogna far distinzione fra lo errore di fatto e l'errore di dritto. Nel primo caso, se a mo' d'esempio il tribunale

(1) Tessier (nota 638); Duranton (XV-514); Seriziat (n. 167); Taulier (V, p. 315); Pont e Rodière (II-517); Troplong (3468); Montpellier, 7 gennaro 1830 (Dall., 30, 2, 131). — *Vedi* pure Bellot, IV, p. 409 e 410).

(2) Rouen, 12 maggio 1842; Rouen, 17 maggio 1844 (Dev., 42, 2, 520; 44, 2, 352) e 13 gennaro 1853 (Dall., 53, 2, 49). — Conf., Pont e Rodière (II-520). *Vedi* pure Rouen, 14 aprile 1842 (Dev., 42, 2, 520).

si è lasciato cogliere all'inganno e ha dichiarato seria una prigionia che tale non era, l'acquirente non potrebbe molestarsi; non a lui, ma ai giudici spetta verificare e comprovare i fatti. A ragione quindi è stata cassa dalla Corte suprema una decisione di Parigi che avea in tal caso annullato la vendita degli immobili dotali. Nel secondo caso, se permettevasi la vendita, quando non si poteva, e si comprovava un fatto che non era di quelli del nostro articolo; se un marito fu minacciato ma non fu posto in prigione, l' acquirente sarà responsabile di tale errore, che era a sua conoscenza: *nemo jus ignorare censetur*. Appena letta la sentenza egli ha dovuto accorgersi non essere nell'un dei casi in cui il Codice autorizza i tribunali a permettere la vendita; e quindi a ragione fu annullata una decisione di Tolosa, che in tal caso non avea dichiarata nulla la vendita. Strano certamente si è il pretendere che un uomo abbia maggior prudenza, lumi, e conoscenza del dritto di quanto ne abbiano i giudici; ma tale è la legge, e se per ciò, come per tante altre circostanze, deve riprovarsi la regola dotale, essa nondimeno deve serbarsi tale quale è; *dura lex, sed lex* (1).

L'acquirente del bene dotale deve dunque aver cura che la sentenza sia profferita con le debite forme, ed assicurarsi che i coniugi siano in uno dei cinque casi sopra indicati, non riferendosene al giudizio del tribunale, e che si siano esattamente adempite le formalità volute dalla legge. Bisogna che la vendita si faccia dopo le pubblicazioni ed agli incanti onde si ottenga il prezzo migliore.

Se si facesse dunque la vendita all'amichevole, potrebbe impugnarsi dalla moglie o dai suoi eredi; e non comprendiamo come alcuni acquirenti e certi tribunali, (specialmente in Normandia) si espongano spesso ai gravi pericoli che derivano da siffatte vendite (vedi articolo 1557 (1370), n. IV, *in fine*).

Nei cinque casi previsti nei nostri articoli tutto il danaro proveniente dalla vendita, rimasto al coniuge, deve impiegarsi nello acquisto di uno immobile che sarà dotale ed inalienabile, come la cosa venduta. Quando si è venduto un immobile per 20,000 fr. onde fare straordinarie riparazioni che sono ammontate a 15,000, per cui ne restano 5,000; oppure quando la moglie ha avuto 5,000 fr. per sua porzione dell' immobile indiviso ed indivisibile che si è posto agli incanti, tal somma deve impiegarsi in compra o d' una casa o di rendite sullo Stato, o di azioni *del banco* immobilizzate, le quali saranno *anche* inalienabili. Si è voluto sostenere che in tal caso l'immobile acquistato col reimpiego non sarebbe dotale, ma è ciò condannato dal testo e dallo spirito dalla legge, poichè essa ci dice che il danaro sarà *dotale* e si impiegherà COME TALE. Si è anche preteso che l'obbligo di reimpiegare il danaro riguardava i primi quattro casi, e non la licitazione d'un immobile indivisibile, poichè la legge parla dell' avanzo del prezzo di vendita *soddisfatti i bisogni* dei coniugi; ma questa seconda idea al pari della precedente non è da ammettersi. È chiaro in fatti che è necessario con più ragione il reimpiego per lo avanzo del *prezzo*, che rimane per intero ai coniugi; la legge ha solo parlato di avanzo, perchè era il caso più dubbio e più frequente; essa però pretende che il reimpiego si faccia *in tutti i casi* (2).

E poichè la vendita si può far solo con le quattro seguenti condizioni: 1° che i coniugi saranno nell'uno dei casi *previsti*: 2° che sarà permessa da una sentenza regolare; 3° che sarà fatta con le *formalità di* pubblicità richieste; e 4° che si farà il reimpiego delle somme non spese; l'*immobile* venduto, all'infuori di queste condizioni, sarebbe rimasto inalienabile; e l'*acquirente* potrebbe esser molestato, per non essersi

(1) Troplong (nn. 3493-99); Caen, 12 gennaro 1842; Cass. d'una decisione di Parigi, 17 marzo 1847; Cass. d'una decisione di Tolosa, 26 aprile 1842 (Dev., 42, 2, 462; 47, 1, 576; Dall., 42, 1, 250).

(2) Tessier (nota 483); Troplong (n. 3485); Parigi, 9 luglio 1828; Rig., 1 marzo 1832 (Dall., 32, 1, 405).

itto il reimpiego, come per non essersi dempita qualche altra condizione (1).

In tutti i casi la vendita dovrà farsi dalla moglie debitamente autorizzata. Ricusandosi l marito, potrà essa vendere col permesso lel magistrato, ma solo la sua nuda proprietà; il marito però non può mai vendere l'immobile senza il concorso della moglie, perchè essa ne è proprietaria.

Ricordiamo in ultimo che il nostro articolo, facultando i tribunali a permetter la vendita degli immobili, li autorizza con ciò implicitamente a permettere l'ipoteca, la quale spesso conduce al medesimo risultamento, ma con più utilità (2).

1559 (1372).— L'immobile dotale può, col consenso però della moglie, essere permutato con un altro immobile dello stesso valore pei quattro quinti almeno; purchè si giustifichi la utilità della permuta, si ottenga il permesso dal giudice, e preceda la stima per mezzo di periti nominati *ex officio* dal tribunale.

In tal caso l'immobile ricevuto in permuta diverrà dotale: l'avanzo del prezzo, se ve ne ha, è pure dotale, e con tale qualità verrà impiegato a vantaggio della moglie.

I. — La permuta è l'ultimo dei casi per cui è autorizzata l'alienazione degli immobili dotali. Avuto riguardo che di poco inconveniente è l'alienazione (essendo una immediata e diretta sostituzione di un nuovo immobile all'antico), non è bisogno ci sia necessità di alienare; basta l'utilità del negozio, e se a mò di esempio l'immobile dotale è sito a molta distanza dal domicilio dei coniugi, può permutarsi con altro più vicino.

Bisogna inoltre che l'immobile acquistato in permuta valga almeno i quattro quinti del valore dell'altro. Il valore comparativo dei due immobili si stabilisce dai periti chiamati d'ufficio dal tribunale, il quale deve verificare se sia utile il negozio, pria di permetterlo. È anche mestieri, come nei cinque casi dello articolo precedente, che la moglie concorra alla alienazione; la quale, per vantaggiosa che sia, non può farsi dal solo marito, perchè la moglie ne è la proprietaria (3).

Quando l'immobile acquistato in permuta val meno di quello della moglie, il danaro che riceve costei in pareggiamento è pure dotale, e *come tale* deve impiegarsi, come si è detto nel precedente articolo, in compra d'uno immobile inalienabile, come lo era l'alienato. Se invece l'immobile acquistato valesse più di quello alienato, non sarebbe dotale per lo intero (tranne il caso che si sia costituiti i beni futuri), come si è più sopra spiegato per il caso di aggiudicazione (4).

1557 (1370). — L'immobile dotale può essere alienato, allorchè col contratto del matrimonio ne è stata permessa l'alienazione.

SOMMARIO

I. Si può stipulare l'alienabilità degli immobili dotali. Essa può farsi in vari modi. La riserva pura e semplice del dritto di alienare non importa il dritto di ipotecare;

(1) Aix, 10 febb. 1832 (Dev., 32, 2, 640).

(2) Rouen, 17 gennaro 1837; Rouen, 11 gennaro 1838; Rouen, 10 marzo 1838; Bordeaux, 21 dicembre 1838; Grenoble, 9 nov. 1839; Rig., 1 dicembre 1840; Lione, 4 giugno 1841; Rouen, 15 aprile 1842; Rig., 24 agosto 1842 (Dev., 38, 2, 102 e 450; 39, 2. 233; 40, 1. 943, e 2, 209; 41, 2, 612, 42, 1, 842, e 2, 520).

(3) Se la permuta si faccia regolarmente, cioè col concorso della moglie, non potrebbe questa, secondo la regola generale, chiederne lo annullamento sotto pretesto di lesione. Bordeaux, 12 agosto 1853 (Dev., 54, 2, 87).

(4) *Sic* Pont e Rodière (II, 532); Tessier (I, pagina 262).— *Vedi* pure Bellot (IV, p. 147).

soluzione inesatta di Troplong; falso motivo della giurisprudenza.

II. Il dritto di alienare gl'immobili non importa per la moglie il dritto di disporre ella stessa dei suoi mobili. Il dritto di alienare importa quello di compromettere: controversia.

III. Dell'alienabilità stipulata coll'obbligo del reimpiego. Schiarimenti. A carico di chi le spese per l'acquisto novello: stranezza di una decisione.

IV. I casi previsti dall'art. 1558 (1371) non riguardano il reimpiego.—Conseguenza. Usanza illegale e funesta di alcuni tribunali.

I.—Abbiamo fin qui rassegnato tutt'i casi in cui l'immobile dotale, benchè dalla legge improntato di alienabilità, può alienarsi; dobbiamo ora esaminare il caso in cui la moglie, modificando nel contratto i principî legali della regola dotale, libera i suoi immobili dotali dal vincolo della inalienabilità. Ciò può esser fatto più o meno compiutamente: la moglie può dire che gl'immobili potranno in qualunque maniera alienarsi o semplicemente vendersi; che si potranno vendere liberamente e senza alcuna condizione, o per reimpiegarne il prezzo in quel modo determinato; che si potranno alienare ed ipotecare, od alienare semplicemente, e viceversa.

Abbiamo stabilito sotto l'articolo 1556 (1369), n. IV, che i coniugi possono stipulare il dritto di ipotecare gli immobili dotali, come generalmente quasi da tutti si riconosce; eppure non si è di accordo, come or ora vedremo, per istabilire il principio su che si fonda tal facoltà: alcuni la scorgono nella disposizione medesima del nostro articolo 1557 (1370) (e noi la pensiamo come questi); altri pretendono al contrario che essa abbia origine dalla disposizione generale dell'art. 1387 (1341). Checchè si dica su tal punto, su cui ritorneremo, è certo che nessuno scrittore o decisione niega il dritto medesimo.

La moglie dunque, con una dichiarazione espressa del contratto, può validamente riservarsi il dritto d'ipotecare, come quello di alienare; ma se nol dichiari espressamente, se si riserbi nel contratto il dritto di alienare, e nulla dica in quanto al dritto di ipotecare, che dovrà farsi in tal caso? si dovrà intendere implicitamente compreso il dritto di ipotecare in quello di alienare, o si dovrà negare ai coniugi?

Tal quistione è stata molto in questi tempi dibattuta, e se la si dovrebbe risolvere secondo i pretesi elementi che si son posti in mezzo dall'una parte e dall'altra, si dovrebbe ritenere come una delle più implicate e difficili del Codice. Da un lato la Corte suprema, non che il più degli scrittori e molte decisioni delle Corti di appello, sostengono vivamente, e secondo le apparenze irrevocabilmente (poichè oltre alle molte decisioni di cassazione, la sua giurisprudenza ne vanta pure una solenne delle camere riunite), che debba in tal caso vietarsi l'ipoteca. Per mala ventura però i motivi di esse decisioni sono inammissibili. Ma d'altro lato Troplong (numeri 3363-3394) ben riesce a confutarli.— Eppure noi opiniamo doversi la quistione, semplice in realtà ma in apparenza difficile, risolvere secondo vuole la Corte suprema, la cui giurisprudenza inesatta nei suoi motivi, è esattissima nella sua decisione; e che la dottrina di Troplong, giusta quando confuta le ragioni prodotte dalla Corte di cassazione, conduce nondimeno allo errore.

È questa in breve la sua argomentazione: « Poichè la parola *alienare* negli artic. 1557 e 1558 (1370 e 1371) si prende nel senso largo e generico che in generale e di ordinario essa presenta, comprendendo l'idea della ipoteca nella alienazione diretta, dovrà dunque, anche trattandosi di dote, prendersi in questo senso legale, sì nel contratto di matrimonio che adotta la regola dotale, come in qualunque altro. Sarebbe pertanto un contraddirsi, se si volesse riconoscere che la parola *alienare* debba intendersi largamente nell'art. 1557 (1370) che permette la stipulazione del contratto, e restringersi poi nel contratto che si stipula in forza di esso medesimo articolo ». Per quanto ingegnoso sia

in tale ragionamento, pure non è esatto. Il senso largo che è il senso legale, secondo Troplong, trattandosi di dote o di altro, non è il solo senso legale; poichè se la legge nel nostro articolo 1557 (1370) dà alla parola un largo significato, come sopra abbiam visto (art. 1556 (1369), n. IV), essa l'avea preso nel senso stretto nell'art. 1554 (1367). Tutti e due i significati adunque sono legali; la parola può prendersi, nella legge o nel contratto, ora nell'un senso ora nell'altro; l'averla presa la legge nel senso largo nell'art. 1557 (1370), permettendo di derogare al divieto, fa sì che i coniugi possono derogarvi per l'ipoteca come per l'alienazione diretta, ma non già che essi debbano di pieno dritto usarla nell'un senso più che nell'altro, poichè la legge l'ha usato in ambo i significati. Pertanto come nel Codice, così anche nei contratti bisogna conoscere in quale dei due la si voglia prendere. Se dal ravvicinamento delle clausole dell'atto sorga essersi adottata nel tal senso, questo dovrà applicarsi; ma se nulla si rilevasse, e se fosse dubbio che *alienare* importi ipotecare, allora non si potrà dire che il senso legale della parola sia quello largo (come insegna Troplong), o quello stretto (secondo la Corte di cassazione), poichè, diciamolo altra volta, tutti e due i sensi sono legali. La ragione di ciò, sebbene non compresa da parecchi scrittori, che abbracciano quella soluzione, e specialmente da Duranton, è questa secondo Devilleneuve, Zachariae, e Pont e Rodière: una clausola che deroga al dritto comune della regola dotale, deve interpretarsi in senso ristretto.

Pure non si può ammettere il motivo della Corte suprema: svolto tante volte nelle decisioni e nelle conclusioni del procuratore generale Dupin, cioè che trattandosi di dote la legge prende sempre, nelle eccezioni dei quattro articoli 1555-1558 (1368-1371) e nella regola dell'art. 1554 (1367), la parola *alienare* nel suo senso stretto. Cotesta idea è molto inesatta. E in prima essa è dimostrata falsa nell'art. 7 (11) del Codice di commercio, come abbiamo veduto. Invano dice la Corte suprema che tale articolo non fa al caso della quistione, poichè rimanda al testo del Codice Napoleone, e che quindi nulla vi aggiunge o toglie (Dev., 39, 1, p. 459). Invero quell'articolo non modifica affatto il Codice Napoleone, ma appunto per questo esso fa svanire del tutto la quistione. In esso dicesi che i beni dotali possono alienarsi *ed ipotecarsi* nei casi *determinati dal Codice Napoleone; il legislatore* adunque *intende* che le eccezioni del *Codice Napoleone* permettono l'alienazione, come anche l'ipoteca... Cotale inesattezza sorge anche dalla stessa contraddizione in cui incorre la dottrina della Corte suprema. Essa infatti riconosce (1) che i coniugi possono riservarsi il dritto di ipotecare con una espressa stipulazione nel contratto; or essi nol potrebbero se il nostro articolo 1557 (1370) non intendesse parlare dell'ipoteca come dell'alienazione; poichè se la legge, vietata l'ipoteca e l'alienazione, avesse dipoi autorizzato di derogarsi a quella regola per l'alienazione soltanto, resterebbe vietata la ipoteca e quindi non si potrebbe validamente stipulare. Invano si direbbe, come il procuratore generale Dupin quando si profferiva la decisione delle camere riunite (*ibid.*, p. 455) e come la decisione di rigetto del 1840, che se la riserva di ipotecare i beni dotali non si può stipulare secondo l'art. 1557 (1370), la si potrebbe secondo l'art. 1387 (1341). È questo, diciamo con Troplong, un manifesto errore. Infatti, la libertà che vien conceduta ai coniugi dall'art. 1387 (1341) nello stabilire le loro convenzioni, non è poi assoluta; poichè va soggetta ad alcune *modificazioni*, fra le quali, nell'articolo seguente, si dice di non potersi *derogare alle disposizioni proibitive del presente Codice*. Or se l'art. 1557 (1370) non permette che contro al divieto si potesse ipotecare, i coniugi possono derogare al divieto dell'alienazione, ma non *a quello dell'ipoteca*, secondo la disposi-

(1) Decisione di rigetto del 7 luglio 1840 (Dev., 40, 1, 796).

zione proibitiva degli art. 1387 e 1388 (1341 e 1342). Non è giusto adunque il motivo adottato dalla Corte suprema, ma pure la sua soluzione è esatta, come abbiam visto, e si può ben dire colle sue molte decisioni che la riserva del dritto di alienare non comprende quella di ipotecare, purchè al motivo da essa portato, si sostituisca quello che noi abbiam più sopra indicato (1).

II. — Qualunque sorta di alienazione si intende compresa nella riserva di tal diritto; ma non in quella di vendere, la quale non importa permuta, come nè questa importa vendita.

Ma il dritto di alienare gl'immobili importa quello di alienare anche i mobili? Cotal quistione varia secondo il partito che si adotti sulla alienabilità dei mobili. La giurisprudenza che riconosce liberi del tutto e disponibili i mobili dotali nella condizione normale ed ordinaria della regola dotale, ma che (per una massima inesattezza di linguaggio, violando anche i principî più chiari) li dichiara inalienabili dopo la separazione di beni, in tal caso particolare tratta la quistione come se fosse di inalienabilità. Ma noi che non sappiam comprendere come possano diventare indisponibili, dopo la separazione di beni, quelle cose che eran disponibili sotto la regola dotale, e che non diciamo colla giurisprudenza (la quale per altro non sapea ciò che si dicesse con quel linguaggio improprio) che la regola di separazione di beni possa creare la inalienabilità, non vediamo difficoltà veruna su quel punto, poichè la quistione consiste in ciò, se la incapacità della moglie di disporre prima della separazione dei beni dei suoi mobili dotali, che sono però disponibili (ma dal marito), cessa stipulandosi il dritto di alienare gl'immobili. . . Noi stimiamo del no; poichè la regola della inalienabilità degli immobili non si riferisce punto alle regole puramente personali che stabiliscono la capacità relativa dei coniugi; e la moglie che stipula l'alienabilità degli immobili, derogando al principio dell'articolo 1554 (1367), non modifica menomamente il principio che i mobili possono alienarsi dal solo marito e non da lei (*Vedi* art. 1554 (1367), nn. II e III). Noi dunque crediamo, non ostante la contraria dottrina (non motivata) di Troplong (n. 3396), che la soluzione negativa della giurisprudenza è del tutto esatta, quantunque non possano farsi buoni i motivi messi innanzi dalle decisioni (2).

Altra quistione più dibattuta si è, se la riserva del dritto di alienare importi quello di compromettere (3). Dicesi per il no: siccome il dritto di *compromettere*, secondo la legge, non deriva dal dritto di poter transigere, per cui bisogna aver capacità *di alienare* (articolo 1989, 2045 (1861, 1917)), sorge chiaro da ciò che la facoltà di alienare non importa affatto quella di compromettere. Del resto, si ag-

(1) Duranton (XV-479); Benoît (I-216); Devilleneuve (36, 1, 444, e 39, 1, 449); Zachariae (III, p. 585); Taulier (V, p. 296); Pont e Rodière (II-501 e 502); Rig., 25 gennaro 1830; Cassaz., 22 giugno 1836; Cass., 31 genn. 1837; Lione, 10 luglio 1837; Caen, 21 dic. 1837; Poitiers, 17 luglio 1838; Cass., camere riunite, 29 maggio 1839; Amiens, 1 ag. 1840; Cass., 14 febbr. 1843 (Dev., 36, 1, 434; 37, 1, 190, e 2, 466; 38, 2, 174; 39, 1, 430, e 2, 3; 42, 2, 431; 43, 1, 193). — *Contr.*, Bellot (IV, p. 117): Tessier (nota 597); Odier (III-1268); Troplong (nn. 3363-3394). La decisione di Limoges del 5 dic. 1844, citata da Troplong, non giudica sulla quistione, perchè fu resa in una specie in cui il dritto di ipotecare era espressamente riservato nel contratto. — Noi addippiù aggiungiamo che la Corte di cassazione recentemente in due decisioni sembra autorizzare quest'ultima dottrina. — *Vedi* le due decisioni del 13 dic. 1853 (Dev., 54, 1, 17). Ma in quei casi il contratto di matrimonio dava facoltà alla moglie di alienare i beni dotali, e *di prendere quegli impegni che meglio credesse*. Questa ultima clausola, così generale, abbraccia certo la ipoteca; sicchè non è a far caso di quelle decisioni contro la giurisprudenza anteriore della Corte di cassazione.

(2) Cass., 2 genn. 1837; Amiens, 19 apr. 1837; Riom, 22 dic. 1846 (Dev., 37, 1, 975; e 2, 398; 47, 2, 195). — Ma si può ammettere che la facoltà stipulata in modo generale di alienare *i suoi beni dotali* abbraccia i mobili e gl'immobili. Rig., 1 giugno 1853 (Dev., 53, 1, 730).

(3) Per il no: Duranton (XV-481); Zachariae (III, p. 585); Pont e Rodière (II-502); Nîmes, 26 febbraro 1812; Lione, 20 agosto 1828. — Per il sì: Boncenne (II, p. 284); Pigeau (I, p. 236); Tessier (I, nota 596); Troplong (3398); Grenoble, 12 febbraro 1846; Bordeaux, 3 luglio 1849 (Dev., 46, 2, 519; 50, 2, 93).

giunge, la legge vieta di compromettere per cause che riguardano il pubblico ministero, e quelle che si riferiscono ai beni dotali son fra queste..... Noi non potremmo ammettere tale dottrina, poichè da un lato l'artic. 1989 (1861) non ha che fare con ciò: in esso parlasi di un semplice mandatario che non può fare cosa alcuna oltre quello che è contenuto nel mandato, e che essendo incaricato solo di transigere, non può in modo alcuno compromettere. Ma il nostro caso è ben altro: trattasi del medesimo proprietario della cosa, il quale potendo alienarla, disporne, potrà anche compromettterla. Se il ragionamento di Duranton e degli altri fosse esatto, e quindi vero che alienare val quanto transigere, si dovrebbe dire che il mandatario che può transigere, potrà anche alienare! Ma in tal modo si fa abuso degli art. 1989, 2045 (1861, 1917)... In quanto all'obbligo di comunicare al pubblico ministero, diciamo che la legge lo ha imposto per i beni veramente dotali, cioè per quelli improntati del carattere di inalienabilità; per cui appunto la comunicazione è stata stabilita. In breve, trattandosi di beni che possonsi liberamente alienare dal proprietario, non havvi ragione per cui questi non possa comprometterli.

III. — Rare volte si permette puramente e semplicemente nel contratto di matrimonio l'alienazione, senza l'obbligo di una buona e valida sostituzione o reimpiego. In tal caso, diversamente da ciò che avviene per la comunione (articolo 1497 (T), n. III), l'acquirente dello immobile deve rispondere della regolarità e della utilità della sostituzione o del reimpiego, e dovrà restituire se non si sia fatto, o malamente.

E ciò perchè non potendosi in principio alienare l'immobile dotale, è nulla l'alienazione se non si adempiono le determinate condizioni, colle quali soltanto è permessa; quindi la cosa resta inalienabile, e si revocherà l'alienazione.

Bisogna che il reimpiego sia regolare e fatto appunto nel modo indicato nel contratto. Così, se il contratto permetta che il marito solo possa alienare, facendolo mandatario della moglie, egli potrà vender da se solo; ma se tutti e due i coniugi congiuntamente debbano far l'alienazione, sarà necessario che tanto la moglie che il marito prendano parte nell'atto (1); così anche, quando nel contratto dicasi semplicemente che gl'immobili potranno alienarsi, bisognerà allora la volontà della moglie come proprietaria della cosa, e quella del marito per autorizzarla. Inoltre, sarà nullo il reimpiego, se dettosi nel contratto doversi fare in Francia, facciasi altrove (2); o se si faccia in case, mentre nel contratto dicevasi in fondi rustici. Ma se si dice solo doversi fare *in immobili*, esso potrà farsi anche in azioni immobilizzate della Banca, o in rendite sullo Stato del pari immobilizzate, secondo dicono Benech, Troplong, ed una decisione di Caen, poichè quelle per legge son riputate immobili (3). Fa d'uopo inoltre che il reimpiego sia utile; e se la moglie si vedesse tolto l'immobile acquistato in sostituzione del suo, potrebbe alla sua volta ridomandare il suo all'acquirente. Ad evitar un tale risultamento (che non ostante le più grandi precauzioni, non si può mai altrimenti prevenire) gli acquirenti di beni dotali per lo più pagano dopo una sentenza che ve li condanna, e che dichiara buono e valido il reimpiego.

Il reimpiego si dovrà fare di tutto quel che ha pagato l'acquirente. Si dovrà quindi impiegare non solo il prezzo principale della vendita, ma anche le somme pagate a titolo di mancia, poichè tutto rappresenta l'immobile venduto. Ma che decidere per le spese legali fatte per la compra in sostituzione del bene della moglie? Se l'immobile dotale si venda 40,000 fr., basterà il sostituirvene altro di 38,000, colle spese

(1-2) Cass., 12 agosto 1839 (Dev., 39, 1, 340). — Parigi, 23 maggio 1844 (Dev., 44, 2, 131). Benech (p. 199); Troplong (n. 3422).

(3) Caen, 8 maggio 1838 (Dall., 40, 2, 13). — Nondimeno una recente decisione ha giudicato in tal caso, che il reimpiego può farsi in azioni immobilizzate della Banca di Francia, ma non in rendite sullo Stato, le quali non si possono per ciò immobilizzare. Rouen, 7 maggio 1853 (Dev., 54, 2, 177).

di 2,000 fr.? Se si rispondesse del sì, e si facessero andare a carico della dote le spese dell'acquisto, la si assottiglierebbe per certo, e con varie vendite successive la si potrebbe ridurre a 33 o 34,000 fr. Ma se la moglie non possegga altro che la dote, su quale altro patrimonio si potrebbe riversar la perdita? Una decisione della Corte di Caen ne ha gravato l'acquirente dello immobile dotale. Ma pongasi mente per poco alle più semplici nozioni del dritto e della ragione, e si vedrà essere ingiusta quella decisione, e che l'acquirente il quale ha consentito di pagare 40,000 fr. per il prezzo principale e 2,000 per le sue spese, non potrebbe esser costretto a pagarne 44,000. Che! lo estraneo dovrebbe fornir del suo quel che bisogna per mutare in immobile il prezzo dei beni della moglie, dandogliene con ciò il vantaggio della stabilità?... L'acquirente dunque non deve esser gravato di quella perdita, ma nemmeno il marito, come volea altre volte Salviat (p. 408), e giudicò dopo la Corte di Caen. Se la moglie ha il suo patrimonio sotto una regola estraordinaria di protezione e di conservazione, non vediamo perchè essa debba godere di tal privilegio a costo altrui; e se qualche volta, per procurarsi i vantaggi che la regola dotale assicura, deve sostenersi qualche sacrifizio, è ben naturale che la moglie lo soffra, e non i terzi. Dobbiam dunque dire con Benech e Troplong, che le spese della compra dovranno pagarsi da lei, o sui parafernali, se ne ha, od anche sulla medesima dote (1). Non seguiamo Troplong (p. 539) nel dire che in sostanza non havvi alcuna perdita, e che l'immobile comprato dalla moglie per 38,000 fr. e 2,000 di spese, potrebbe dipoi rivendersi 40,000... Se egli è vero che spesso i fondi rustici si rivendano sempre a miglior prezzo, non è ugualmente vero per le case, le quali spesso ti danno meno; per altro, si rivenda più o meno l'immobile, i contraenti soffriranno sempre una perdita: ad ogni mutazione lo Stato ci ha la sua parte di guadagno, la quale senza dubbio deve andare a carico di uno!... La perdita dunque è reale; ma deve gravare il patrimonio per la cui conservazione si è fatta.

IV. — Spesse volte in Normandia la facoltà scritta nel contratto di alienare gl'immobili mediante la sostituzione serve per eludere la disposizione dell'art. 1558 (1371), il quale permette solo di alienare, negli stessi casi previsti dal nostro articolo, colla vendita agli incanti e colle formalità stabilite... Una moglie che avesse debiti anteriori al contratto di matrimonio, con ipoteca sopra i suoi immobili dotali, potrebbe secondo l'art. 1558 (1371) farsi autorizzare dal magistrato a vendere uno dei suoi immobili; ma dovrebbe adempire tutte le formalità giudiziarie. Invece essa vende l'immobile all'amichevole, e poi ottiene l'autorizzazione dal magistrato di impiegarne il prezzo per adempire le obbligazioni ipotecarie; e sul diniego dello acquirente di pagare il prezzo, il tribunale profferisce una sentenza contraddittoria che lo condanna al pagamento, garantendolo (almeno si crede) da qualunque evizione.

Troplong (n. 3425), tuttochè dichiari esser *più prudente* di conformarsi in tal caso all'art. 1558 (1371), taccia nondimeno per *avverso alla regola dotale* chi voglia censurare un tal modo di agire. Noi non la pensiamo come lui, e quantunque siamo lontani dal simpatizzar colla funesta regola della dote, pure dobbiamo riconoscere che con ciò si viola apertamente la legge, e siam sicuri che la Corte suprema, allorchè le si porterà innanzi la quistione, cancellerà quello errore. E invero non basta, per farsi il reimpiego, che il prezzo dell'immobile abbia un'utile destinazione; ma bisogna che si acquisti un nuovo bene onde sostituire l'immobile venduto. Il pagamento adunque dei debiti anteriori al matrimonio non importa reimpiego. Per questo

(1) Benech (p. 212); Troplong (IV-3429). — *Contr.* Caen, 18 dic. 1837; Caen, 7 luglio 1845 (Dev., 39, 2, 186; J. P., 1845, II, 609). — La Corte di Caen nella sua prima decisione dice che il sistema spezioso, con cui grava l'acquirente delle spese, è *consacrato dalla giurisprudenza*. È strana invero tale asserzione, poichè, oltre la sua, nessuna decisione ha giudicato in tal senso.

ıza dubbio si dovrebbe permettere l' a- nazione, e infatti la legge la permise r questo caso, per fare le riparazioni aordinarie sugli immobili, e per gli al- casi previsti nell'articolo 1558 (1371); ı non è questa una sostituzione, e l'a- nazione si permette in tal caso non in :za del contratto con cui si stipula l'alie- bilità mediante il reimpiego, ma del solo t. 1558 (1371).

Or quest'articolo, a dritto o a torto, per- ıette l'alienazione colle formalità giudizia- e; si violerebbe dunque la legge, dichia- ando in tal caso valida una vendita fatta ll'amichevole. E lo stesso Troplong, senza ıvvedersene, finisce col proclamare questo vero, e si mette anch'egli fra gli avversi alla regola dotale che ci condanna, dicendo che questi varî casi di pagamento dei de- biti, riparazione degli immobili, ed altri simili, « non sono vere sostituzioni, e che quindi *non possono riuscire alla vendita del bene dotale che colle formalità del- l'artic.* 1558 (1371). » Che anche qui si voglia censurare il sistema dotale, come imbarazzante e che trascina gli stessi ma- gistrati ad essere complici dei mezzi frau- dolenti, e ciò sta bene; ma non perchè la legge merita biasimo, non si deve in- terpretare ed applicare tale quale è: *dura lex sed lex* (*Vedi* articolo 1558 (1371), n. VI, § 2),

4. Sanzione del principio della inalienabilità.

1560 (1373). — Se fuori delle eccezioni sopraindicate, la moglie o il marito, o en- rambi unitamente alienano il fondo dotale, a moglie o i di lei eredi potranno dopo lo scioglimento del matrimonio far rivocare 'alienazione, senza che si possa loro op- porre alcuna prescrizione pel tempo decor- o durante il matrimonio: la moglie avrà lo stesso dritto dopo la separazione dei beni.

Il marito potrà, durante il matrimonio, far rivocare l' alienazione; restando però obbligato a' danni ed interessi verso il com- pratore, se nel contratto di vendita non abbia dichiarato che la cosa venduta era dotale.*

SOMMARIO.

I. *L'alienazione indebitamente fatta dell'immo- bile dotale, può farsi annullare dalla moglie ma non dall' acquirente: contro- versia.*

II. *Da chi possa domandarsi la revocazione, se- condo i casi: errore di Toullier.*

III. *Quando e contro chi l'acquirente può pre- tendere la restituzione del prezzo ed an- che i danni-interessi: si censura la dot- trina di Troplong.*

IV. *La promessa di garanzia fatta dalla moglie è inefficace: controversia.—Quando si riu- nisce in una stessa persona il debito di garanzia e il dritto di revocazione.*

V. *L' azione non appartiene ai creditori della moglie. Essa si prescrive sempre con die- ci anni. Controversia sopra i due punti; contraddizione di Troplong.*

* — La nullità della alienazione del fondo do- tale non può essere opposta dai terzi. C. S. di Na- poli, 29 luglio 1826.

L'articolo 1373 delle LL. CC. il quale assoggetta il marito alla riparazione dei danni, dove la donna venga ad attaccare la validità dell'alienazione dei beni dotali fatta dal marito stesso, non è applica- bile al caso in cui sia la moglie che contratta col terzo, ed il marito non interviene che per auto- rizzarla soltanto. *Aliud est vendere. aliud est ven- denti consentire.* (L. 160, D. 50, tit. 16) C. S. di Napoli, 3 febb. 1855. — Cecere e de Riso — Carpi- none — Relatore Caracciolo — P. M. Falcone — (an- nullamento).

— L' articolo 1373 delle LL. CC. non è applica- bile neppure quando l'atto, quantunque sia l'opera del marito, venga ciò nondimeno attaccato dalla moglie direttamente— C. S. di Napoli, 3 febbraro 1855. — Cecere e de Riso — Carpinone — Relatore Caracciolo — P. M. Falcone — (annullamento).

— La prescrizione decennale dell'azione revoca- toria avverso la alienazione del fondo dotale co- mincia a decorrere non dal giorno della separa- zione dei beni, ai termini degli art. 1374 e 2561 LL. CC., ma da quello dello scioglimento del ma- trimonio ai termini dell' articolo 1373. — C. S. di Napoli, 21 luglio 1855 (Bordonaro e Lumia), (Gan- gitano e Lumia).

I. — Quando l'immobile dotale si è alienato all'infuori dei casi di eccezione indicati nei precedenti articoli, e contro all'articolo 1554 (1367), può annullarsi l'alienazione ad istanza della moglie o dei suoi rappresentanti, in qualunque modo e in qualunque circostanza siesi ella fatta. Siesi consentita dalla moglie autorizzata o no, o dal solo marito che agisce per se o per la moglie, ovvero congiuntamente dai coniugi; abbia o no recato profitto alla moglie; sia o non sia l'acquirente in dritto di domandare al marito o alla moglie la restituzione del prezzo o anche i danni-interessi; in tutti i casi tosto che la moglie o i suoi rappresentanti lo chiedano, deve annullarsi l'alienazione contro l'acquirente. L'alienazione non è nulla propriamente, ma può annullarsi, per modo che potrebbe ratificarsi dopo sciolto il matrimonio; e può solo annullarsi ad istanza della moglie o dei suoi rappresentanti, e non mai dello acquirente, come ben si scorge dal testo del nostro articolo che accorda la revocazione alla moglie, ai suoi eredi e al marito (che agisce non nel suo interesse personale, ma come incaricato di esercitare le azioni della moglie secondo l'art. 1549 (1362)). Può recar maraviglia che l'acquirente non abbia tale azione, quando la vendita si è fatta dal solo marito nel suo interesse. Allora può dirsi che il marito non essendo proprietario della cosa, la vendita può impugnarsi non solo perchè l'immobile era dotale, ma anche perchè fatta *a non domino;* chè ella rientra sotto l'art. 1599 (1444) secondo cui la vendita della cosa altrui è propriamente nulla, per cui può farsi annullare sì dal compratore che dal proprietario. Ciò insegnano il più degli scrittori (1), ma l'idea ci sembra non giusta. Se il marito non è il proprietario dei beni dotali, ha però sovr'essi dritti molti estesi e di una indole speciale, cotalchè la vendita da lui fatta non sarebbe governata dall'articolo 1599 (1444).

Egli, che può disporre dei mobili, esercita sugli immobili, oltre il dritto di godimento, quello di intentare tutte le azioni anche le petitorie; egli è, con qualche limitazione, il *procurator* legale della moglie, la quale vien privata, in vantaggio di lui, di alcuni attributi del suo dritto di proprietà, e del pari che i mobili, egli può anche alienare gl'immobili nei casi eccezionali in cui è permessa l'alienazione, perchè la legge ritiene che l'alienazione debba in qualunque modo provenire dal marito e dalla moglie, come rilevasi dall'articolo 1559 (1372) in cui si dice che *la permuta deve esser fatta dal marito col consenso della moglie*. Or se nella *regola dotale* la moglie è in fatto proprietaria, pure non può dirsi che il marito venda la cosa altrui.

Per questo caso speciale il nostro articolo ha dettato una regola propria, poichè prescrivendo non una nullità radicale ma una semplice azione di revoca che può esercitarsi nel solo interesse della moglie, applica espressamente la regola, non solo alla alienazione fatta dai due coniugi o dalla sola moglie, ma anche a quella fatta dal solo marito.

Non può dunque applicarsi qui l'articolo 1599 (1444), e la vendita non può farsi annullare dal compratore nè quando è stata fatta dal marito, nè quando dalla moglie o dai due coniugi, come nè se ei conosca o pur no se sia dotale l'immobile, tranne che non sia stato raggirato con frode: *fraus omnia conrumpit* (2).

II. — Ma l'azione che deve sempre intentarsi per parte della moglie non lo sarà sempre da lei. Fino a che non vi ha scioglimento del matrimonio nè separazione di beni, il solo marito può agire qual *procurator* della moglie, questa non lo potrebbe nemmeno autorizzata dal marito; e va errato Toullier (XIV-228) che ritiene ciò essere assurdo.

Essendo tutte le azioni dotali della mo-

(1) Tessier (II, nota 694); Duranton (XV-522); Benoît (I-269); Odier (III-1338).

(2) Troplong (n. 3522); Rig., 25 giugno 1822; Tolosa, 24 genn. 1825; Grenoble, 26 dic. 1828; Parigi, 26 feb. 1833 (Dall., 33, 2, 144). *Vedi* anche sulla quistione Pont e Rodière (II-593).

glie affidate al marito, ei solo può agire contro i detentori dei beni dotali (art. 1549 (1362)). Quando vi ha scioglimento di matrimonio o separazione di beni, allora agirà la moglie, come ben sorge dai due paragrafi del nostro articolo, non che dallo art. 1549 (1362) (1).

Pronunziatasi la separazione di beni, non agirà più il marito, ma la moglie; egli non ha più alcun potere sui beni dotali, per cui le azioni della dote ritornano alla moglie. Pure l'azione non si prescrive in vantaggio dell'acquirente dell'immobile. Oltrechè esistono sempre, non ostante la separazione di beni, la regola dotale e l'inalienabilità (artic. 1554 (1367), n. V), non sarebbe impossibile ma poco verosimile credere che importi tacita rinunzia l'inazione della moglie, la quale non potrebbe ratificare anche formalmente l'alienazione, nè rinunziare al suo dritto di revoca; ella non ha piena libertà di sperimentare la sua azione, la quale spesso rifluisce contro il marito, e perciò non poteva ammettersi la prescrizione. Or il nostro articolo dichiara non aver luogo prescrizione alcuna durante il matrimonio, benchè esso preveda il caso di separazione di beni (vedi l'art. 1561 (1374 M), n. II).

Scioltosi il matrimonio, la moglie non ha più chi le molesti la libertà di azione; i suoi beni non son più dotali, e ben può ratificare l'alienazione o rinunziare al suo dritto di revoca. Da tal punto incomincia la prescrizione, e compiesi in dieci anni, siccome vedremo al n. V. Se si sciogliesse il matrimonio per la morte della moglie, o se essa, morto il marito, muoja pria che vi sia ratifica o prescrizione, gli eredi di lei hanno lo stesso dritto che ella avea o avrebbe avuto.

III. — Se l'acquirente dell'immobile dotale indebitamente alienato, non può sottrarsi alla revoca intentata o dal marito, o dalla moglie o dagli eredi di lei, non per ciò egli non ha regresso o garanzia, avvegnachè per l'evizione che ei soffre ha dritto (tranne l'alienazione non sia a titolo gratuito) al suo prezzo d'acquisto e spesso ai danni ed interessi (2).

Il nostro articolo dice che i danni ed interessi devonsi dal marito in tutti i casi in cui essendo concorso nell'atto, fosse stato solo per autorizzare la moglie, non abbia dichiarato essere dotale lo immobile venduto. Troplong non ammette tal soluzione (numeri 3535-38) e insegna che il marito non va tenuto ai danni ed interessi: 1° quando ha soltanto autorizzato la moglie; 2° quando ha venduto in nome di lei e nella semplice qualità di marito; 3° allorchè ha venduto in nome suo e della moglie; 4° infine quando ei vende solo e nel proprio nome, se il compratore, benchè nel contratto non si sia dichiarata la regola dotale, l'ha pur nondimeno conosciuta. Ma questa dottrina è condannata dal nostro articolo e dai lavori preparatori del Codice. Da un lato infatti, dopo aver parlato la legge nel primo paragrafo di tutti i modi secondo cui può farsi la vendita, o dal marito, o dalla moglie, o da entrambi, nel secondo poi rende il marito obbligato ai danni-interessi, se nell'atto non ha dichiarato la regola dotale. D'altro lato, dicevasi nella prima compilazione del nostro articolo, che il marito andrebbe soggetto ai danni ed interessi *se il compratore AVESSE IGNORATO il vizio della compra.* Ma il Tribunato chiese di sostituirsi a tal condizione quest' altra: *SE IL MARITO NON ABBIA DICHIARATO NEL CONTRATTO che la cosa era dotale*; per questa tra le altre ragioni, *che con ciò si allontanerebbe quanto più il pensiero di vender la cosa dotale* (Fenet, titolo XIII, p. 591 e 609).

Non è adunque dubbio il concetto della legge; il marito non andrà soggetto ai danni ed interessi nel solo caso che avrà dichiarato esser l'immobile dotale (o quando egli non prenderebbe parte nell'atto, e la moglie avesse venduto senza la di lui auto-

(1) Tessier (nota 761); Benoît (I, p. 356); Pont e Rodière (II-581 e seguenti); Troplong (n. 3541). La decisione di Grenoble invocata da Toullier è esattissima, perchè l'azione era stata *intentata dal marito e dalla moglie*, e se era inutile il concorso dei due coniugi, non per ciò non doveva ammettersi l'azione del marito.

(2) *Conf.*, Pont e Rodière (II-591).

rizzazione). Inutilmente dice Troplong esser questa opinione del Tribunato, la quale non ha forza di dottrina : è manifesto il contrario , dappoichè il legislatore l' ha accolto ed è divenuto legge. Del pari vanamente ei dice che tale regola è contraria alla giustizia e alla buona fede : a ciò si risponde , essere avverso alla giustizia e alla morale che i coniugi, calpestando la fede promessa, mi ritolgano l'immobile liberamente vendutomi. Che vale aver io conosciuto la natura dotale della cosa; forse che la regola dotale e la possibilità legale che hanno i coniugi di far poi annullare la vendita, era ragion per far credere che ad onta le promesse usassero tanta slealtà? Secondariamente nè la legge nè noi diciamo che il marito, tranne il caso di dichiarazione scritta nel contratto, *dovrà*, ma solo *che potrà* esser condannato. Ben si comprende che il giudice del fatto è quei che deve apprezzare le circostanze, ed accordare la indennità, allorquando il compratore avrà sofferto un danno da imputarsi al marito , e che se la dichiarazione del contratto gli vieta di aggiudicare i danni ed interessi , ove ella manchi non gli è imposto , ma *permesso* soltanto di farlo. Il prezzo della vendita devesi con più ragione dal marito , il quale non può esimersi dal pagare il prezzo non che i danni ed interessi, per aver autorizzato la moglie, invocando la massima *qui auctor est non se obligat.* Tale assioma , vero allorchè l'atto sia permesso (come l' alienazione di una cosa propria della moglie sotto la regola di comunione), non è da applicarsi al nostro caso, in cui trattasi d'un atto illegale che non dovrà permettersi dal marito, il quale per il suo ascendente, *tamquam potentior* diceva il presidente Fabro, può averlo fatto compiere alla moglie per di lui vantaggio (1). L'obbligo della restituzione del prezzo passerebbe dal marito alla moglie, se si provi che questa ne raccoglie e conserva il beneficio, come p. e. se ella ne ha comprato beni, e li possiede. Se il beneficio non era presso di lei, ed il marito (non provandosi nemmeno di aver profittato della vendita) non fosse concorso ad alienare se non altro per autorizzarne la moglie. solo in tal caso l' acquirente perderebbe il prezzo per aver trattato l'affare colla moglie non autorizzata.

IV. È controverso se la moglie sarebbe obbligata a garentire il compratore evitto (non già sui beni dotali, ma sui parafernali) allorquando vi si fosse obbligata nel contratto. Pensiamo di no, come la giurisprudenza e Troplong. Era questa la regola di Giustiniano. Bisogna, ei diceva, che la moglie sia del tutto indenne, che quanto si è detto e fatto per essa, sia come non avvenuto, e che il regresso che si accorda sui beni non dotali agli acquirenti evitti, si eserciti contra i mariti: «...*Mulier sit omnino indemnis..... Obligationem quantum ad mulierem neque dictam neque scriptam esse volumus... Viros in aliis rebus obligari* (nov. 61 , §§ 2 e 4). Il Codice non ha per nulla mutato tal principio di irresponsabilità della moglie, la quale facendo una cosa nulla riguardo la clausola principale del suo contratto (la vendita dei suoi beni dotali) , l' ha fatto anche nulla della clausola necessaria di garanzia con cui voleva rendere efficace la prima (2).

Altra quistione che può sembrar delicata è, se potrebbe farsi la revoca allorchè richiesta da chi è personalmente obbligato ad indennizzare l'acquirente evitto, come quando il marito è l'erede della moglie, e quando quelli della moglie lo sono pure di lui. Alcune antiche decisioni dicevano potere aver luogo la revoca in tutti i casi, ma il più degli scrittori facevano una distinzione che ci par da

(1) Novelle, 61; § 4; Fabro (C. 5, 7, 8); Despeisses (I, p. 508); Tessier (II, p. 89); Odier (III, 1351); Troplong (IV-3533); Riom, 16 agosto 1824.

(2) *Contr.*, Tessier (II, p. 76); Duranton (XV-550), Zachariae (III , p. 381) ; Odier (III-1346) ; Pont e Rodière (II-592); Grenoble, 16 gennaro 1828: il parere di tali scrittori è stato ultimamente sanzionato dalla Corte di cassazione, decisione del 20 giugno 1853 (Dalloz, 53, 1, 265; Dev., 54, 1. 5). — *Vedi* pure la dissertazione di Pont nella *Rivista critica* (t. V, p. 14).— *Conf.*, Troplong (3544); Rouen, 15 dic. 1840; Tolosa, 19 agosto 1843; Limoges, 10 febb. 1844; Rig., 23 giugno 1846 (*Dev.*, 41, 2, 71; 44, 2, 324; 45, 2, 28, 46, 1, 865).

preferire. Se il marito avea solo autorizzato la moglie, o venduto in nome di lei, l'obbligo di garentire era esorbitante e derogava al dritto comune, onde parve logico non dedurne tutte le conseguenze, e riconoscere che il marito o i suoi eredi come volevasi dalle decisioni, potessero esercitare il dritto di revoca trasmesso dalla moglie. Ma se il marito ha venduto, o si è reso formalmente mallevadore della vendita, il debito di garentigia nato dal fatto personale di lui e nelle ordinarie condizioni del dritto comune, deve effettuirsi, e por termine alla facoltà di revocare (1).

IV.—Dobbiamo infine esaminare due quistioni molto controverse; ma delle quali una è stata già spiegata al n. I.

La prima è se l'azione di revoca possa esercitarsi dai creditori della moglie (quelli del marito non lo potranno mai, perchè egli la esercita qual *procurator* di lei) o se debba riguardarsi come esclusivamente insita alla persona della moglie (art. 1166 (1119)). Zachariae (III, p. 579) senza punto esitare consente l'azione ai creditori; pure sembraci più conforme all'art. 1166 (1119) il negarla, come ha deciso la Corte di Nîmes (2). Il rigoroso principio della inalienabilità della dote fu stabilito in vantaggio della famiglia, della moglie e dei figli; se si permettesse ai creditori di invocare la severa sanzione di tal principio, non facendolo la moglie o i suoi rappresentanti, si contraffarrebbe il pensiero del legislatore. La revoca dell'alienazione dei beni dotali è per lo più un atto sleale e riprovato sì dalla giustizia che dalla morale; come dunque permetterlo ai creditori? Si lasci all'arbitrio della moglie, alla sua coscienza il risolvere. Se tale azione non si fosse dalla legge accordata formalmente agli eredi, avrebbesi dovuto dichiarare a loro non trasmissibile, tanto ell'è sfavorevole; e Troplong in fatti (art. 1554 (1367), n. VII) si sforza di limitarla tanto più in mano degli eredi. Ciò a torto; ma se non si può arbitrariamente restringere il nostro articolo, non bisogna estenderlo, nè devesi accordare ad altri una tale azione così esorbitante e sfavorevole, che alle persone volute dalla legge.

La seconda quistione riguarda la durata dell'azione. Tutti riconoscono essere di dieci anni secondo l'articolo 1304 (1258), se fattasi dalla moglie l'alienazione, o dal marito in nome di lei; ma gli scrittori, anche Troplong, insegnano che essa si prescriverà in trent'anni quando il marito abbia per suo conto alienato l'immobile (3).

Le spiegazioni date al n. I condannano tale errore. Infatti la prescrizione è di dieci anni, secondo il § 1 dell'art. 1304 (1258), allorchè havvi in dritto un contratto da far cassare; la prescrizione può aver la durata di trent'anni quando l'atto opposto dall'avversario è nullo e trattasi di rivendica e non di rescissione.

Si è pur visto che contro l'opinione generale degli scrittori, l'alienazione dell'immobile dotale, quand'anche fattasi dal marito, non è per legge una alienazione della cosa altrui, e per ciò nulla, bensì un atto da annullarsi, revocabile, come l'alienazione fatta dalla moglie. La prescrizione adunque sarà sempre di dieci anni. Chè se in Toullier, Duranton, ed altri, i quali sostengono esser legalmente nulla l'alienazione fatta dal marito, è conseguente l'avversa soluzione, non è del pari in Troplong, il quale colla giurisprudenza e con noi riconosce potersi siffatta alienazione annullare soltanto come quella della moglie. Di tal contraddizione non si è avvisto il dotto magistrato.

(1) Brodeau sopra Louet (1, D., *somm.*, 12, 23); Parlamento di Bordeaux, 18 agosto 1731; Tessier (nota 717); Duperrier (libro I, quist. 9); Chabriol (cap. 14, art. 3, quist. 13); Tessier (note 706 e 711); Dalloz (X, p. 343); Troplong (nn. 3532-33).

(2) Nîmes, 2 aprile 1832 (Dev., 32, 2, 159). — *Vedi* Pont e Rodière (II-585).

(3) Toullier (XIV-232); Tessier (II, p. 110-113); Duranton (XV-521); Zachariae (III, p. 582); Troplong (nn. 3583-84); motivi di una decisione di Grenoble del 2 luglio 1842 (Dev., 43, 2, 24).

5. Imprescrittibilità degli immobili dotali. — Obbligazioni del marito.— Separazione di beni.

1561 (1374 M).—Gl'immobili dotali che nel contratto di matrimonio non si sono dichiarati alienabili, non soggiacciono a prescrizione durante il medesimo, purchè questa non abbia cominciato a decorrere prima del matrimonio.

Diventano ciò non ostante soggetti a prescrizione dopo la separazione dei beni, qualunque siasi l'epoca in cui la prescrizione è incominciata.*

SOMMARIO

I. Imprescrittibilità degli immobili dotali inalienabili. — Doppia differenza tra l'inalienabilità e l'imprescrittibilità. Perchè gl'immobili possono prescriversi dopo la separazione, benchè non possano alienarsi.

II. Qui trattasi poi della prescrizione acquisitiva. L'azione revocatoria può prescriversi prima e dopo la separazione. Si confuta la contraria dottrina di Troplong.

I. — Gl'immobili dotali, inalienabili quando nel contratto non se ne permette l'alienazione, sono del pari imprescrittibili. I mobili, che si possono sempre alienare, come abbiam visto sotto l'articolo 1554 (1367), possono anche prescriversi (1); e similmente gl'immobili dichiarati alienabili nel contratto, non già tutti gl'immobili dotali, perocchè ad istanza del Tribunato, la disposizione del nostro articolo fu ristretta solfanto ai primi.

Gl'immobili inalienabili adunque non possono prescriversi; ma l'inalienabilità differisce in tre punti dalla imprescrittibilità. E in prima non havvi eccezione al principio della imprescrittibilità; l'immobile imprescrittibile resterà sempre tale. Inoltre, la regola della inalienabilità si applica a tutti gl'immobili dotali senza distinzione, mentre che imprescrittibili sono soltanto quelli che al tempo del matrimonio non erano già in corso di prescrizione; se questa fosse incominciata in quel tempo, continuerà a correre in vantaggio del possessore. Infine, quantunque gl'immobili non possano essere alienati, nemmeno dopo la separazione di beni e fino allo scioglimento del matrimonio, essi per l'incontro potranno prescriversi dopo la separazione di beni, giusta la seconda disposizione del nostro articolo, parimente dovuta al Tribunato, e che rende allora prescrittibile la cosa, in qualunque momento cominci o sia cominciata, non *la prescrizione* come impropriamente dice il nostro articolo, ma *il possesso*. Così, se il terzo comincia a possedere l'immobile dopo la separazione, quando cioè può prescriversi, o se egli l'avesse posseduto prima della separazione, durante la regola dotale pura e quando esso non poteva prescriversi; in questo come nell'altro caso la prescrizione corre o dal tempo del possesso (se cominci dopo la separazione), o dal tempo della separazione (se l'immobile si possedeva prima).

Invero è molto strano che una cosa che non può alienarsi, possa prescriversi. Come mai la legge potrebbe fare acquistare ad un terzo, per il lungo silenzio ed il tacito consenso della moglie, quel bene che a

* Il nostro art. 1374 è così concepito:
Gl'immobili dotali che nel contratto nuziale non si sono dichiarati alienabili non soggiacciono a prescrizione, durante il matrimonio; purchè non sia cominciata a decorrere antecedentemente.
Diventano ciò non ostante soggetti a prescrizione dopo la separazione dei beni.

(1) Serres (p. 192); Catalano (lib. 4, cap. 45); Dunod (p. 253); Despeisses (I, p. 310); Tessier (II, p. 119); Merlin (*Quist.*, alla parola *Prescriz.*, § 6, art. 3); Troplong (nn. 3569-71); Grenoble, 7 gennaro 1845 (Dev., 45, 2, 417). — *Vedi* intanto in senso contrario Taulier (V, p. 345); Pont e Rodière (II-606).

lei non permette di vendere formalmente e con un atto espresso? Per incredibile che possa parer questa regola, la quale d'altronde deve ammettersi (perchè scritta a chiare note nella legge), essa nondimeno può in qualche modo spiegarsi. Da un lato infatti, se l'inalienabilità si reputa un principio d'ordine pubblico, l'acquisto per prescrizione non lo è meno. Dall'altro, l'alienazione indiretta per prescrizione non può affatto temersi come la diretta; quella si effettua dopo una lunga serie di anni, e non può mai provenire da un momentaneo capriccio; la moglie non può esser presa al laccio del menomo guadagno; essa non ne cava danari con cui potrebbe essere adescata per soddisfare la tale o tal'altra fantasia: non le era dunque mestieri di essere qui protetta come per l'alienazione diretta.

II. — Il nostro articolo, come sorge dal suo contesto e dal confronto col precedente, non parla di qualunque sorta di prescrizione relativa ai beni dotali, ma solo di quelle che fanno *acquistare* al possessore l'immobile dotale, e che operano quindi l'alienazione indiretta: ove si tratti di un detentore che al presente possiede l'immobile dotale, a cui i coniugi l'hanno alienato (benchè inalienabile), e cui la prescrizione garantirebbe dalla revoca della alienazione, allora non saremmo più nel caso dell'articolo 1561 (1374 M), bensì in quello dell'articolo 1560 (1373). — Or il nostro articolo, detto nel primo paragrafo che non si può acquistare per prescrizione *durante il matrimonio*, restringe poi questa regola, dichiarando nel secondo paragrafo che dopo la separazione di beni si dà luogo a prescrizione; e per l'incontro l'art. 1560 (1373) stabilisce per la prescrizione che libera dall'azione rivocatoria un divieto assoluto, facendola rimaner sospesa durante il matrimonio, sia avanti che dopo la separazione.

Questa idea così chiara, ammessa generalmente dagli scrittori e dalla giurisprudenza della Corte suprema, è stata nondimeno censurata a tutt'uomo da Troplong. Il quale pretende (nn. 3375-80) che il secondo paragrafo del nostro articolo 1561 (1374 M), permettendo, dopo la separazione di beni, che si possa prescrivere l'immobile dotale, si riferisca all'art. 1560 (1373) non che al primo paragrafo del medesimo art. 1561 (1374 M), e che quindi la prescrizione con cui si vuol far venir meno l'azione rivocatoria delle alienazioni d'immobili dotali, corre anche, dopo la separazione, come quella con cui si acquistano essi immobili. Son queste le sue ragioni: 1° che il nostro articolo non fa distinzione alcuna fra la tale e tal'altra prescrizione, ma dichiara in modo generale che gl'immobili dotali, per effetto della separazione, divengono prescrittibili; 2° che è stato sempre questo il principio della regola dotale, poichè sì nel dritto romano che nel nostro antico dritto francese la separazione dava luogo a qualunque prescrizione, come ne fan pruova i testi del Codice Giustinianeo, Cujacio, Brodeau, Dumoulin, Basnage e tutti gli altri scrittori antichi... Questo secondo motivo è molto esatto, a differenza del primo, ma non fa al caso; sicchè è senza basa la censura che il dotto magistrato fa alla Corte di cassazione.

Dalla semplice lettura degli art. 1560 e 1561 (1373 e 1374 M) se ne avverte la differenza. Nel primo si dice, che può farsi revocare l'alienazione dei beni dotali indebitamente fatta, senza che si possa opporre alcuna prescrizione corsa durante il matrimonio: esso adunque intende della prescrizione che fa estinguere l'azione revocatoria. Nel secondo si tratta della prescrittibilità diretta degli immobili, cioè della prescrizione con cui se ne acquista la proprietà. Or al principio negativo del secondo articolo si fa eccezione (*nondimeno*) per il caso di separazione di beni, ma all'altro egualmente negativo del primo non se ne fa alcuna; nè si può dire che il legislatore non abbia pensato alla separazione di beni, perchè ne parla nel medesimo paragrafo... Poteva adunque far di meno Troplong a ripescare nel dritto antico quella lunga argomentazione, la quale non ha che fare colla quistione, poichè il nostro legislatore vi ha affatto derogato. Ed in vero

come presumere che i compilatori abbiano avuto in pensiero l'antica regola, mentre che essi battevano la via opposta e stabilivano che la separazione non darebbe più luogo ad alcuna prescrizione, escludendo coll'art. **1560** (**1373**), durante il matrimonio, quella delle azioni revocatorie della alienazione, e coll'art. **1561** (**1374 M**) la cui eccezione non esisteva prima (ma fu dettata dopo) escludendo quella, anche durante il matrimonio, delle azioni dirette contro i terzi, che non hanno acquistato dai coniugi? Come dunque trarre argomento dall'antico dritto? Or la proposta del Tribunato fè cangiare lo stato primitivo del Codice solo nell'art. **1561** (**1374 M**) per le prescrizioni che fanno acquistare i beni, ma non nell'art. **1560** (**1373**) per quelle che liberano dalle domande rivocatorie, le quali restano sotto al divieto. La Corte di cassazione adunque si apponeva al vero, checchè ne abbia detto Troplong (1).

1562 (**1375**).—Il marito riguardo a'beni dotali è astretto a tutte le obbligazioni che sono a carico dell'usufruttuario.

È tenuto per tutte le prescrizioni *incorse*, e pei deterioramenti avvenuti *per sua* negligenza.

I. — Il marito sotto la regola dotale, come abbiam detto, quantunque potrebbe chiamarsi usufruttuario dei beni dotali, pure non lo si potrebbe pareggiare ad un usufruttuario ordinario, perchè egli ha diritti ed obbligazioni più estese. Così, senza ricordare qui il dritto di disporre dei beni dotali mobiliari che appartiene al marito, nè il dritto di esercitar da sè solo le azioni petitorie relative agli immobili, egli deve, come l'usufruttuario, pagare del suo le riparazioni di manutenzione; ma a differenza di quello deve fare anche le riparazioni straordinarie (come mandatario della moglie e salvo regresso); sicchè egli deve rispondere dei deterioramenti sopravvenuti per manco delle riparazioni straordinarie o di manutenzione. Per l'incontro, l'usufruttuario non potrebbe chiedere alcun compenso per le spese, siano pur ragguardevoli, della coltivazione di un terreno, della migliore distribuzione di una casa o di qualunque altra miglioria (art. 599 (**524 M**)), ed il marito vi avrebbe dritto; poichè a differenza dell'usufruttuario, tali opere non interessano lui solo, ma la famiglia, la moglie di cui è il mandatario legale; ed egli non solo ha diritto, ma un dovere di migliorar sempre lo stato degli immobili dotali (2).

Egli inoltre deve intentar tutte le azioni; e in conseguenza dovrà rispondere di tutte le prescrizioni che lascerebbe correre o pei mobili (che possono sempre prescriversi) o per quegl'immobili, dei quali la prescrizione incominciata prima del matrimonio si sarebbe potuta interrompere facilmente dopo la celebrazione.

1563 (**1376**).—Se la dote sia in pericolo, la moglie può dimandar la separazione dei beni, siccome si dirà nell' articolo **1443** (**1407**) e seguenti.

I.—La moglie, se veda in pericolo la dote, può, come sotto la comunione o esclusione di comunione, far pronunziare la separazione di beni, secondo le regole spiegate sotto l'art. **1443** (**1407**) e seguenti. Per gli effetti di questa separazione si legga l'art. **1554** (**1367**), nn. V e VI.

(1) Duranton (XV-349); Dalloz (47, 1, 209, nota); Odier (III-1341), Pont e Rodière (II-603); Cass., 1 marzo 1847; Cass., 4 luglie 1849 (Dev., 47, 1, 181; 50, 1, 283).

(2) Dig. (lib. 24, tit. 3, 7, § 16); Toullier (XIV-324); Duranton (XV-463); Tessier (nota 938); Troplong (n. 3594); Caen, 5 dicembre 1826.

SEZIONE III.

DELLA RESTITUZIONE DELLA DOTE.

1564 (1377). — Se la dote consiste in nmobili, o in mobili non estimati nel conratto di matrimonio, o stimati bensì, ma on dichiarazione che la stima non tolga alla noglie la proprietà, il marito o i suoi eredi ossono essere astretti a restituirla senza lilazione dopo lo scioglimento del matrinonio.

1565 (1378). — Se la dote consiste in una somma di danaro, o in mobili stimati nel contratto, senza dichiararsi che la stima non ne rende proprietario il marito, la restituzione non può dimandarsi se non dopo un anno dallo scioglimento del matrimonio.*

I. — La restituzione della dote ha luogo non solo dopo lo scioglimento del matrimonio, ma anche dopo la separazione di beni (1); e secondo i casi si farà dal marito o dai suoi eredi, alla moglie o ai suoi eredi, od anche al terzo che abbia costituito la dote, se così si stipulasse nel contratto.

Se la dote, quando si debba restituire, consistesse in cose rimaste in proprio alla moglie, il marito o i suoi eredi possedendo allora ciò che si deve restituire, non avranno alcun termine, e dovranno farne la consegna immediatamente. — Se per l'incontro la moglie fosse creditrice di una determinata somma o di alcune cose fungibili, come se il marito abbia ricevuto in dote danaro o tante botti di vino che deve restituire nel medesimo numero e qualità, o mobili stimati, di cui sia divenuto proprietario coll'obbligo di restituirne il prezzo (art. 1551 (1364)); se abbia ricevuto degli immobili che sieno stati stimati con dichiarazione che l'estimo valga vendita (art. 1552 (1365)); o rendite, crediti od altri beni mobili non fungibili senza essere stati stimati, ma che sieno stati venduti dal marito che ne avea il dritto (articolo 1554 (1367), n. II), in modo che ne debba il prezzo; se infine egli abbia in tal modo venduto gl' immobili che erano prima rimasti propri della moglie, ma che erano stati dichiarati alienabili nel contratto, senza obbligo di reimpiego; siccome in tali casi il marito o i suoi eredi sono debitori di somme o di quantità che possono non avere in pronto, essi possono restituirli fra un anno. Se però dovessero restituire beni rimasti in proprio alla moglie e danari o quantità di cui essa sarebbe creditrice, il termine di un anno esisterebbe per i danari e non per i beni.

La moglie o i suoi rappresentanti possono agire durante i trenta anni dal giorno in cui deve aver luogo la restituzione; cioè dallo scioglimento o dalla separazione per alcuni beni, e dallo spirare dell'anno seguente per gli altri (2).

1566 (1379). — Se i mobili la cui proprietà resta alla moglie, siensi consumati coll'uso e senza colpa del marito, egli non sarà tenuto a restituire se non quelli che rimarranno, e nello stato in cui si troveranno.

Ciò non ostante la moglie potrà in qualunque caso riprendere la biancheria e ciò

* — Se il marito assume l'obbligo di restituire gli oggetti corredali non preziosi della moglie nello stato in cui trovansi all'epoca dello scioglimento del matrimonio, e di non restituire quelli consumati coll'uso, gli eredi del medesimo non possono essere esonerati dall'obbligo di restituire, quando è incerta la non esistenza di tali oggetti, anzi si allega che parte de' medesimi trovansi descritti nell'inventario. C. S. di Napoli, 6 agosto 1846.

— In caso di espropriazione si dà luogo alla restituzione della dote durante il matrimonio. C. S. di Napoli, 24 agosto 1850.

(1) Pont e Rodière (II-607); Troplong (IV-3600).

(2) *Vedi* Tolosa, 13 agosto 1827; Grenoble, 10 marzo 1827; Aix, 21 aprile 1836 (Dev., 28, 2, 42; 29, 2, 81; 36, 2, 463).

che serve attualmente al suo abbigliamento, salvo il diritto di diffalcarne il valore, quando tali robe siano state primitivamente date con istima.

I. — L'usufruttuario, quando termina il suo usufrutto, deve restituire quelle cose che esistono e nello stato in cui si trovano, purchè egli non abbia colpa del loro deterioramento o della loro perdita (articolo 589 (514)) Il nostro articolo estende questo principio dalle biancherie e dalle vesti a tutti i mobili.

Esso stabilisce una regola speciale, che deroga doppiamente al dritto comune, per le biancherie e le vesti. Se il marito le abbia ricevuto nelle condizioni ordinarie dell'usufrutto, cioè lasciandole in proprietà alla moglie, questa, che dovrebbe, secondo il principio riferito, contentarsi di ciò che rimane delle sue biancherie e vesti usate, potrà prendere al contrario quelle di che al presente si serve, sieno anche di uno immenso valore, o perchè in migliore stato o perchè valgano più.

Ma se tali robe sieno state stimate, la moglie, che secondo i principi avrebbe diritto al prezzo della stima, potrà secondo il nostro articolo scegliere o il prezzo, o le biancherie e le vesti che servono attualmente al suo abbigliamento. Questa regola è dettata unicamente per favorire la moglie e conservarle, se così le piace, la sua guardaroba attuale, senza nulla pagare (come nella ipotesi precedente); quindi se le biancherie e le vesti valgano molto più di quel che si dica nel contratto di *matrimonio*, la moglie le prenderebbe *sempre, senza* che si possa pretender da lei il dippiù. Per l'incontro, è ben ragionevole che se valgano meno, la moglie possa ripeterne la differenza; poichè il legislatore, dandole il dritto di scegliere, intendeva avvantaggiarla e non farle soffrire una perdita (1).

1567 (1380). — Se la dote comprenda crediti, o rendite costituite che abbian sofferto perdita o riduzione non imputabile a negligenza del marito, costui non è tenuto al danno, e rimarrà sciolto da ogni obbligazione, restituendo le scritture dei contratti.

1568 (1381). — Se siasi costituito in dote un usufrutto, il marito o i suoi eredi, sciolto il matrimonio, non sono tenuti ad altro che a restituire il diritto di usufrutto, non già i frutti maturati durante il matrimonio.

I. — Questi due articoli applicano il principio, ricordato sotto l' articolo precedente, che l'usufruttuario, se non sia in colpa, deve rendere quel che rimane della cosa gravata dell'usufrutto. Se i crediti o le rendite, anche vitalizie, fossero in tutto o in parte venute meno senza colpa del marito, questi deve render semplicemente, non *i contratti*, come dice l' art. 1567 (1380), ma i titoli, le scritture, gli atti che comprovano il dritto; egli non deve restituire alcuna parte degli interessi o delle annualità decorse.

Parimente, quando si estingue l'usufrutto del marito senza sua colpa, egli dovrà restituire l'atto che lo costituiva e non già alcuna parte dei frutti. Non così, se la dote avesse per oggetto non il dritto di usufrutto, ma i frutti costituiti *principaliter* e come capitale: questi formerebbero allora la dote, non i frutti della dote, *fructus dotales*, *potiusquam dotis fructus*, come diceva Fabro; ed il marito allora dovrebbe restituire tutti i frutti percepiti (2).

1569 (1382). — Se il matrimonio sia durato dieci anni dopo la scadenza dei termini stabiliti pel pagamento della dote, la moglie o i suoi eredi potranno ripeterla

(1) Rig., 1° luglio 1835 (Dall., 35, 1, 384).
(2) Fabro (C. 5, 7, 20); Pothier (*Comunione*, 292); Tessier (nota 1079); Troplong (n. 3652); Pont e Rodière (II-393 e 615).

ntro il marito dopo lo scioglimento del atrimonio, senza esser tenuti a provare e egli l'abbia ricevuta; purchè il medesimo non giustificasse di avere usato inutilmente tutte le diligenze per procurarsene il pagamento.*

I. — In principio la moglie, la quale doanda la restituzione della dote, deve prore che il marito l'abbia ricevuto, ovvero ne sia stata sua colpa il non riceverla. a se il matrimonio sia durato dieci anni, opo scorsi i termini stabiliti per il pagaento della dote, la legge presume, in antaggio della moglie e dei suoi eredi, l pagamento o la colpa; cotalchè il marito, (o i suoi eredi) è tenuto a restituire, senza che alcuna pruova sia necessaria, salvo a lui di provare che non abbia ricevuto la dote, per essere riuscite inutili tutte le diligenze da lui usate. Toullier (XIV, 276) crede che le *diligenze* debbano consistere in atti *giudiziari*, ma a torto, poichè qui trattasi di persone fra cui ***res non sunt amare tractandae***. Il Codice infatti non richiede già che si facciano dei ***procedimenti***, ma che si usino semplici ***diligenze***; sicchè bastano le domande che istantemente si facciano, benchè amichevoli. I giudici del merito decideranno poi se il marito abbia fatto quel che poteva, avuto riguardo alle circostanze e alle persone che avean promesso la dote (1).

Se la dote però dovesse pagarsi in vari tempi, la presunzione avrebbe luogo per le porzioni che si sarebbero dovute pagare già da un decennio, allorchè si è in obbligo di restituire. Inoltre colui che ha costituito la dote, e che non l'ha pagato, non potrebbe invocar la presunzione, poichè quella che riguarda solo la moglie o i suoi eredi, non può ad altri estendersi; del resto la legge non dice che il marito si reputa di aver ricevuto la dote, ma solo che deve pagarla, presumendo o che egli l' avesse infatti ricevuta, ovvero non ricevuta per sua trascuratezza. Or la moglie può far risentire al marito la perdita cagionatale dalla costui negligenza, ma non colui che ha costituito, il quale intenderebbe così non pagare il suo debito, che può prescriversi solo dopo trenta anni (2).

II. — Ma si dovrà applicare la regola del nostro articolo se la stessa moglie si sia costituita la dote? Duranton (XV-366) e Troplong (n. 3658) rispondono del sì; ma noi non potremmo accostarci alla loro opinione.

Il nostro articolo, è vero, non fa alcuna distinzione, come nè il dritto romano (*Nov.* 100) da cui deriva la nostra disposizione; ma ciò non monta alla quistione. La *Novella* prevede che un marito volesse impugnare la quitanza data da lui nel contratto; la nostra regola non si riferisce affatto a tal caso, ma fu stabilita dalla giurisprudenza del parlamento di Tolosa, che su tal punto modificò intieramente il dritto romano. Quel parlamento non applicava la regola, se la moglie stessa si fosse dotata *de suo*; e noi infatti abbiam visto, d' accordo con Duranton, Troplong e gli altri tutti, che la presunzione non può intendersi in vantaggio di colui che ha costituito e deve la dote. E qui è la moglie; la quale se non deve perdere per colpa del marito la dote promessale da un terzo, non potrebbe però ripetere da quello la dote che ella medesima dovea e non pagò (3).

* — Scorso il decennio stabilito nell' art. 1382 delle leggi civili, non vi è obbligo di provare la soddisfazione della dote. Quanto ai crediti, il marito è tenuto a render solo i titoli, purchè dimostri che non siavi colpa per parte sua. C. S. di Napoli, 24 ag. 1825.

— Quando è provato che il marito non ha ricevuto la dote, non è colpito dalla disposizione dell' art. 1382 delle leggi civili. C. S. di Napoli, 14 ap. 1849.

(1) Tessier (II-p. 253); Devilleneuve (45, 2, 229); Troplong (n 3063); Pont e Rodière (II-636).

(2) Maleville (art. 1569 (1382)); Toullier (XIV-277); Merlin (alla parola *Dote*, § 3, n. 8); Delvincourt (III, p. 34); Bellot (IV-255); Benoît (I-122); Tessier (I, p. 153); Pont e Rodière (II-633); Troplong (IV-3665).

(3) Bretonnier (*Quist.*, alla parola *Dote*); Bourjon (II, p. 266); Brodeau, sopra Louet (I, D., somm. 19); Toullier (XIV-277); Tessier (I, p. 156); Odier (III-1426. — *Vedi* nondimeno le distinzioni messe innanzi da Pont e Rodière (II 635).

1570 (1383). — Se il matrimonio si disciolga per la morte della moglie, gl'interessi ed i frutti della dote che dee restituirsi decorrono *ipso jure* a favore dei suoi eredi dal giorno dello scioglimento.

Se si disciolga per la morte del marito, la moglie ha la scelta durante l'anno del lutto, o di esigere gl'interessi della sua dote, o di farsi somministrar gli alimenti dalla eredità del marito: ma in ambedue i casi ella ha diritto di farsi somministrare l'abitazione nel corso del detto anno, e gli abiti del lutto, senza potersi imputar tali spese sugl'interessi che le sono dovuti.*

I. — Per qualunque causa debba restituirsi la dote (sia per lo scioglimento del matrimonio, sia per la separazione di persona o di beni), i frutti o interessi si dovranno sempre dal giorno medesimo, di pieno dritto e senza alcuna dimanda della moglie o dei suoi eredi. Ma se il matrimonio si sciolga per la morte del marito, la vedova gode di due prerogative: 1° Essa ha la scelta, durante l'anno del lutto, o di esigere gl'interessi della sua dote o di farsi somministrar gli alimenti dalla eredità del marito; 2° in tutti e due i casi essa ha il dritto di farsi somministrare l'abitazione e gli abiti del lutto. La moglie sotto la regola dotale adunque gode per un anno del dritto di abitazione, e quella sotto la regola della comunione vi ha dritto soltanto per tre mesi e quaranta giorni; ma per il dritto agli alimenti questa gode di maggior favore, poichè anche per tre mesi e quaranta giorni le si debbono somministrare gratuitamente, mentre la moglie sotto la regola dotale deve pagarli rilasciando gl'interessi della sua dote (art. 1465 (T)).

1571 (1384). — Sciolto il matrimonio, i frutti degl'immobili dotali si dividono tra il marito o la moglie, o i loro eredi, in proporzione del tempo che ha durato il matrimonio nello ultimo anno.

L'anno principia a decorrere dal giorno in cui fu celebrato il matrimonio.

I. — Secondo i principî dell'usufrutto applicati alla comunione dall'articolo 1401 (T)-2°, i frutti naturali, a differenza di quelli civili che si acquistano giorno per giorno, diventan proprî appena percepiti: l'usufruttuario prende per se tutti i frutti naturali percepiti durante il suo godimento; estinto l'usufrutto non ha più diritto ai frutti da percepirsi. Però sotto la regola dotale, i frutti naturali non che quelli civili si acquistano giorno per giorno, cioè in proporzione del tempo che ha durato il matrimonio. Se quattro mesi o dal dì della celebrazione o dall'ultimo anniversario di questo, il marito avrà dritto al terzo dello intiero ricolto, e dovrà dopo lo scioglimento (o dopo la separazione di persona o di beni) restituire i due terzi di quelli *raccolti*, e potrà pretender dalla moglie o dai suoi eredi il terzo di quelli che debbono *raccogliersi*. Il ricolto ***della prima annata*** sarà il primo che si fa dopo celebrato *il matrimonio*, per secondo quello della seconda annata, e via seguendo. Così, *se si sia* contratto un matrimonio il 25 agosto 1840, pochi giorni dopo fatto il ricolto, *e il secondo* ricolto, tardivo in contrapposto al primo, si faccia in settembre *1841*, *non* si potrebbe dire, quantunque nulla si abbia percepito dal 25 agosto 1840 *al 25 agosto* 1841, che nel primo anno non si sia fatto ricolto, poichè ciascuna *annata deve*

* Massime della C. S. di Napoli:

— La moglie non ha diritto alle vesti di lutto allorchè non ha coabitato col marito. 6 marzo 1819.

— Non ha diritto ai frutti dotali pel tempo in cui ha convissuta cogli eredi del marito. 13 agosto 1829.

— La vedova non ha diritto che all'ultima annata di spillatico. 21 genn. 1832.

— Quando il pagamento della dote è *maturato* dopo la morte del marito, non si è tenuto al pregiudizio della medesima per mancata iscrizione. — La estimazione della negligenza per parte *del marito*, la quale abbia prodotta la perdita delle doti della moglie, è una quistione di fatto, non soggetta alla censura della Corte Suprema. 27 sett. 1843.

vere la sua porzione di frutti. Nè si potrebbe dire che i frutti della prima annata sono quelli percepiti giorni prima del matrimonio; poichè la cosa è divenuta dotale e può vantaggiare il marito solo dopo la celebrazione: sicchè il ricolto del 1841 costituisce la prima annata di frutti dopo il matrimonio. Per l'incontro, se il marito, nel corso della prima annata faccia due volte il ricolto, solo il primo apparterrebbe alla prima, ed il secondo all'annata seguente. In breve, il marito non ha alcun diritto sopra i frutti percepiti prima del matrimonio, ma dopo prenderà tanti ricolti, per quanti anni dura il suo dritto; più una parte dell'ultima annata.

II. — E siccome il marito che deve far fronte ai bisogni della famiglia coi frutti della dote, vi ha diritto per quanto dura il matrimonio, ciò che abbiam detto dei ricolti annuali si applicherà a quei che si fanno a lunghi intervalli. Poniamo per esempio un bosco che si tagli ad ogni nove anni, ed un matrimonio che sia durato sei anni soltanto; in qualunque tempo si faccia il taglio, il marito avrà dritto a due terzi; e dovrà quindi renderne un terzo, se egli lo abbia fatto, o domandarne due terzi se si sia fatto dopo lo scioglimento o la separazione. Troplong (3675) crede che sia arbitraria cotesta dottrina, ed oppone il silenzio del nostro articolo, che parla solo dei ricolti ordinari. Ma perchè non applicarsi ai ricolti che si ottengono a lunghi intervalli? Si contraffarrebbe senza dubbio al volere del legislatore se si permettesse a un marito, che deve restituir la dote della prima annata del matrimonio, di conservare l'intiero ricolto di nove anni, privandone la moglie per gli otto anni seguenti; e viceversa, se si volesse che il marito sostenga per otto anni i pesi della famiglia, senza poter pretendere alcuna parte dei frutti dell'immobile dotale, e che la moglie, sciolto il matrimonio, raccolga in un anno il prodotto di nove annate.

In questo modo si ammetterebbe per più anni l'ingiustizia che non si è voluta tollerare per pochi mesi. Quel che dicesi adunque nel nostro articolo per un ricolto ordinario, dovrà applicarsi con più ragione ad un ricolto di più annate, secondo dicono tutti gli scrittori (1).

1572 (1385). — La moglie ed i suoi eredi non godono di alcun privilegio per la ripetizione della dote sopra i creditori ipotecari anteriori alla medesima.

I. — La moglie sotto la regola dotale, come sotto qualunque altra regola, ha una ipoteca legale sopra gl'immobili del marito, per garantire i suoi diritti (articolo 2121 (2007)); ma essa non ha alcun *privilegio*, nè può essere preferita ai creditori ipotecari del marito che la precedono (art. 2094-2095, 2134-2135 (1964-1965, 2020-2021)).

1573 (1386). — Se il marito era già insolvibile, e non aveva nè arte nè professione allorchè il padre costituì la dote a sua figlia, costei non sarà tenuta a conferire nell'eredità paterna altro che l'azione a lei spettante contro l'eredità di suo marito per ottenerne il rimborso.

Ma se il marito è divenuto insolvibile dopo il matrimonio, o se aveva un mestiere o una professione che gli tenea luogo di beni, la perdita della dote cade unicamente a danno della moglie.

I. — In dritto comune, qualunque donatario chiamato alla eredità del donante è tenuto a conferire gli oggetti donati. Se fossero mobili, egli dal tempo della donazione li possiede a suo rischio, e deve in qualunque evento conferirne il valore. Se

(1) Toullier (XIV-314); Tessier (II, p. 172); Proudhon (*Usuf.*, nn. 2735-37); Duranton (XV-458); Seriziat (n. 303); Pont e Rodière (II-650).

immobili, restano a rischio e pericolo del patrimonio del donante, e se vengono meno non per colpa del donatario o dei suoi aventi-causa, la eredità ne sosterrebbe la perdita; se per loro colpa, essi dovranno conferire il valore che lo immobile avea al tempo in cui si apriva la successione (art. 855, 868, 869 (774, 787, 788)). Secondo questi principî, ogni qualvolta il marito (avente-causa della moglie) sciupi tutta o una parte della dote mobiliare o immobiliare a quella donata, dovrà ella, chiamata alla eredità del costituente, conferirne il valore.

Il nostro articolo però derogando a questi principî, nel caso che il marito era insolvibile e senza professione, allorchè il padre costituì la dote alla figlia, non fa a costei conferire altro nella eredità del padre che l'azione a lei spettante contro il marito o i suoi eredi. Ma se il marito era solvibile o avea una professione, allora si applicheranno i principî ordinarî, e la moglie sarà tenuta a conferire.

II. — Bellot (IV, p. 282) pretende che la regola del nostro articolo che parla solo della dote costituita dal padre, non si potesse applicare a quella costituita dalla madre; e Grenier (*Donazioni*, II-530) dice non potersi nemmeno applicare la regola, se la madre avesse costituito la dote dopo la morte del marito. Non potremmo seguire nè l'una nè l'altra idea. La distinzione di Grenier è molto arbitraria, poichè se la regola non deve applicarsi alla madre durante il matrimonio, molto meno alla vedova, poichè l'articolo non parla nè dell'una nè dell'altra. Ma non si vede egli chiaro che qui non c'è luogo a distinguere fra il padre e la madre, e molto meno a suddistinguere fra la vedova e la madre in costanza di matrimonio; e che la regola deve applicarsi al padre, all'avo, alla madre, allo zio, a qualunque parente insomma di cui diventa erede la moglie dotata (1)?

Certamente è ben più delicato il decidere se la nostra disposizione, *dettata per* la regola dotale, debba anche *applicarsi*, secondo Vazeille (art. 850 (769), n. 8), alla moglie maritata sotto qualunque altra regola. Si dice per il sì, esser questo un principio di giustizia e di equità che deve per analogia applicarsi sotto qualunque regola. Ma noi pensiamo ciononostante col più degli scrittori, che per quanto giusto sia quel principio, esso deroga sempre ai principî ed è una vera eccezione; sicchè non può estendersi oltre alla regola per cui è stato scritto. Senza dubbio in legislazione la quistione si dovrebbe risolvere per il sì; ma in dritto le eccezioni non si possono elargare a talento (2).

SEZIONE IV.

DEI BENI PARAFERNALI.

1574 (1387). — Sono *parafernali* tutti i beni della moglie, che non sono stati costituiti in dote.

I. — Tutti i beni della moglie che non sono stati costituiti in dote secondo la regola dell'art. **1541** (1354) diconsi parafernali.

Per rispetto a questi beni la moglie, giusta i sei articoli seguenti, è in una condizione analoga a quella della moglie separata di beni; sicchè questi articoli *sono* stati già implicitamente spiegati sotto gli articoli **1448-1449** e **1536-1530** (1412-1413, TT).

(1) Duranton (XV-576); Vazeille (art. 850 (769), n. 10); Seriziat (n. 315); Zachariae (§ 540, n. 48); Pont e Rodière (I-124).

(2) Grenier (II-529); Chabot (art. 848 767)); Duranton (XV-576); Zachariae (§ 540, n. 50. — Vedi pure Paolo Pont e Rodière (I-125), i quali mettono innanzi delle distinzioni.

1575 (1388). — Se tutti i beni della moglie sieno parafernali, e se nel contratto non esista alcun patto che l'obblighi a sostenere una parte dei pesi del matrimonio, la moglie vi contribuisce sino alla concorrenza del terzo delle sue rendite.

1576 (1389). — La moglie ha l'amministrazione ed il possesso dei suoi beni parafernali.

Ma non può alienarli. nè comparire in giudizio per detti beni senza l'autorità del marito; o se questi dissenta, senza il permesso del giudice.

1577 (1390). — Se la moglie costituisca suo marito procuratore ad amministrare i suoi beni parafernali col peso di renderle conto dei frutti, costui sarà tenuto verso la medesima come qualunque altro procuratore.

1578 (1391). — Se il marito abbia goduto i beni parafernali della moglie senza procura e nel tempo stesso senza opposizione per parte di lei, non è tenuto, allorchè si scioglie il matrimonio, o alla prima domanda della moglie, se non ad esibire i frutti esistenti, senza essere obbligato a dar conto di quelli che sono stati fino allora consumati.

1579 (1392). — Se il marito, nonostante l'opposizione comprovata della moglie, abbia goduto dei beni parafernali, è tenuto a render conto alla medesima di tutti i frutti non solo esistenti, ma anche consumati.

1580 (1393). — Il marito che gode dei beni parafernali, è tenuto a tutte le obbligazioni dell'usufruttuario.

DISPOSIZIONI PARTICOLARI.

1581 (1394). — I coniugi sottomettendosi al regime dotale, possono non ostante stipulare una società per gli acquisti, e gli effetti di tale società vengono regolati come è prescritto negli art. 1498, 1499 (1394 M).*

I. — I coniugi che possono, secondo l'articolo 1387 (1341), stipulare quelle convenzioni matrimoniali che loro meglio piaceranno, sono del tutto liberi di combinare la regola dotale colla comunione. Come abbiam detto sotto l'artic. 1497 (T), *in fine*, essi possono sottomettersi alla regola dotale per la inalienabilità degl'immobili della moglie, ed adottare la comunione nel resto; così anche possono adottare la regola dotale, aggiungendovi secondariamente una società per gli acquisti.

II. — Nel primo caso gli immobili della moglie saranno inalienabili perchè sotto la regola dotale, e resteranno nel resto soggetti ai principî ordinarî; potranno quindi prescriversi, e le azioni petitorie intorno ad esse si eserciteranno dalla moglie, non dal marito. I mobili poi andranno nella comunione, secondo il dritto comune.

Nel secondo caso, fa d'uopo distinguere fra i beni costituiti in dote o pur no. Gli immobili costituiti saranno del tutto dotali (tranne i frutti che in generale stipulandosi

* Il nostro articolo 1394 corrisponde anche agli art. 1498 e 1499. Esso è così concepito:

I coniugi, benchè sottomessi alla regola dotale, possono ciò non ostante stipulare una società per gli acquisti. Gli effetti di tal società sono, che si reputeranno esclusi dalla comunione tanto i debiti di ciascun di essi presenti e futuri, quanto i loro rispettivi beni mobili presenti e futuri.

In tal caso, e dopo che ciascun dei coniugi avrà prelevato ciò che giustificherà di aver conferito, la divisione si limita agli acquisti fatti da essi unitamente o separatamente, durante il matrimonio, tanto se gli acquisti sieno derivati dalla industria comune, quanto se siano derivati da' risparmi fatti sui frutti e sulle rendite dei beni dei due coniugi.

Se i beni mobili esistenti nel tempo del matrimonio, o pervenuti posteriormente, non sieno stati comprovati per mezzo di un inventario, o di uno stato fatto in buona forma, saranno considerati come acquisti.

una comunione per gli acquisti, anzichè appartenere esclusivamente al marito, saranno comuni); essi non potranno prescriversi nè alienarsi, ed il solo marito potrà esercitar le azioni anche petitorie. Gl' immobili non costituiti, e che sarebbero quindi parafernali sotto la regola dotale pura, apparterrebbero qui alla comunione, poichè la proprietà sarebbe della moglie ed i frutti della comunione d'acquisti (1). I mobili, siano o pur no costituiti, a differenza del primo caso, non saranno mai comuni, poichè se costituiti, saranno dotali, se no, i coniugi, colla comunione di semplici acquisti, ritengono in proprio i loro mobili ed immobili (art. 1498 (1412)).

III. — Dicemmo che i frutti dei beni dotali *in generale* ed allorchè si combina la regola dotale colla società d'acquisti apparterranno alla comunione e non al marito. Ma così non deve esser sempre e necessariamente. Se da una clausola speciale o da tutte insieme le clausole del contratto sorgesse la intenzione dei contraenti di restringere la loro società d'acquisti (oltre ai guadagni ricavati dalla loro industria) ai frutti de' soli beni non dotali, e di lasciare la costituzion della dote nella pienezza dei suoi effetti ordinari, una tal convenzione dovrebbe, come qualunque altra, eseguirsi, e sarebbero comuni soltanto i frutti dei beni parafernali della moglie e dei proprî del marito. Ma non si potrebbe ammettere il principio, che il marito possa godere esclusivamente di alcuni beni della moglie e non già dei suoi proprî. Stipulandosi puramente e semplicemente una società per gli acquisti, si seguirebbe la regola dell'art. *1498* (1412), mettendo in comunione *i frutti di* tutti i beni indistintamente. Se *dunque i* coniugi, dichiarato prima di adottare la regola dotale, stipulino poi una comunione per gli acquisti, gli effetti di questa clausola non solo si aggiungeranno alla prima, ma la modificheranno in ciò che si toglie al marito il godimento personale che per la costituzione della dote egli si aveva.

APPENDICE

Sull'articolo 4 della legge del 18-25 giugno 1850, relativa alla Cassa di risparmio.

La cassa di risparmio è stata creata sotto la garanzia del governo, perchè i buoni operai potessero assicurarsi un mezzo per la vecchiaia. Depositando successivamente separatissime somme di cui non si dà interesse, l'operaio che per l'età o per qualunque accidente non possa più lavorare, troverà una rendita vitalizia ragionata, secondo il valore dei depositi e l'età del deponente. Questa cassa ebbe origine dalla legge degli 8 marzo, 12, 18 e 25 giugno 1850; la quale, nello art. 4 (§ 3 e seg.), regolando l'effetto dei depositi fatti da un coniuge, prima o dopo il suo matrimonio, deroga a parecchi principî che noi abbiamo svolto in questo titolo. Quei paragrafi son così concepiti:

« Il deposito eseguito prima del matrimonio sarà proprio di chi lo ha fatto.

« Il deposito fatto durante il matrimonio da uno dei coniugi vantaggia ciascuno di essi per metà.

« In caso di separazione di persona *o di* beni, il deposito posteriore vantaggia esclusivamente il coniuge che lo ha fatto.

(1) Dicesi spesso nelle scuole (e Mourlon l' ha riprodotto nelle *Ripetizioni scritte*, esame 3, pagina 141) che questi ultimi beni sono al tempo istesso dotali e parafernali: dotali, perchè il marito solo li amministra e ne gode; parafernali perchè possono alienarsi e prescriversi. È questo un doppio errore, poichè cotesti beni non sono nè dotali, nè parafernali. Non sono dotali, nemmeno per l'amministrazione od il godimento, poichè il marito non ne gode per sè, ma come capo della comunione d'acquisti e in conto di essa, e li amministra anche con tal qualità, per cui non può esercitare le azioni immobiliari petitorie. Non sono nemmeno parafernali, poichè la moglie non ne ha il godimento, nè li amministra. Essi dunque sono proprî di comunione.

« In caso di assenza o di allontanamento uno dei coniugi per più d'un anno, il ıdice di pace potrà, secondo le circoınze, permettere che i depositi vadano a vantaggio del solo deponente. Della sua sentenza potrà farsi appello innanzi la camera del consiglio.

Secondo l'art. 1401-1° (T), qualunque mma pagata alla cassa di risparmio, prima l matrimonio, da una persona che si mata in comunione, andrà in comune coe un valore mobiliare; e la rendita vilizia, che potrà esser dovuta, dovrebbe agarsi alla comunione. Or non va così la osa secondo la legge dei 18 giugno 1850, a quale lascia proprio al coniuge il depoito fatto prima del matrimonio, per cui a rendita vitalizia, che rappresenta le somne depositate, sarà propria del deponente. Del resto però la comunione toglierà sempre e annualità che corrono durante il matrimonio; poichè la legge del 1850 deroga il principio, secondo cui la comunione toglie i beni mobili dei coniugi, ma non a quello che gli dà i frutti dei proprî. Secondo quella disposizione adunque, il coniuge che ha fatto i depositi anteriori al matrimonio, prenderà in proprio, dopo lo scioglimento della comunione e per le annate a venire, l'intiera rendita, anzichè dividerla coll'altro coniuge o i suoi eredi, giusta i principî generali.

Nel medesimo articolo di essa legge, altre derogazioni si appòrtano ai principî del nostro titolo. Dicesi in esso che « il deposito fatto durante il matrimonio da uno dei coniugi, vantaggia ciascuno di essi per metà ». Or questa disposizione, che a prima giunta potrebbe parer conforme ai principî per il caso di comunione, deroga a questo non che agli altri casi di esclusione di comunione, di separazione di beni e di regola dotale. — Sotto l'esclusione di comunione e per i beni dotali, tutti i frutti, le rendite ed i beneficî raccolti durante il matrimonio appartengono al solo marito, il quale, secondo i principî ordinarî trae profitto da qualunque deposito fatto durante il matrimonio; or la legge del 1850 derogò a questi principî, dividendo fra il marito e la moglie i vantaggi che se ne ricavano. Essa vi deroga anche per il caso di separazione di beni, o di beni parafernali, poichè allora godendo ciascun coniuge ed amministrando separatamente i suoi beni, dovrebbe il deposito secondo i principî tornare in vantaggio del coniuge che lo fa. — Infine la medesima disposizione fa eccezione per il caso di comunione, poichè secondo le regole ordinarie i depositi dovrebbero vantaggiare i due coniugi ciascuno per metà, siccome beni comuni, in guisa che la moglie, dopo lo scioglimento, prenderebbe la sua parte, cioè la rendita vitalizia costituita in vantaggio di lei, colla condizione di accettare la comunione, mentre qui ciascuno dei coniugi si vantaggerebbe dei depositi, ciascuno in metà *separatamente*, e riterrebbe in proprio la sua metà, sia che la moglie accetti o rinunzî. Se il deponente avrebbe stipulato secondo quella legge, che alla sua morte si pagasse il capitale ai suoi eredi (prendendo egli una rendita vitalizia meno considerevole e ragionata sopra i soli interessi) la metà del capitale spettante alla moglie sarebbe sempre dei suoi eredi, per lo stesso motivo, e sia che ella accetti o rinunzî.

Del resto, la regola secondo cui ciascun coniuge prende in metà il beneficio di qualunque deposito fatto durante il matrimonio, non si applicherà se abbia luogo fra i coniugi una sentenza di separazione di persona o di beni: dalla data della quale sentenza ciascun deposito vantaggerà il coniuge che lo ha fatto. — Questa regola non sembra che vada molto d'accordo colla precedente, anzi fa sorger dubbî intorno ad essa. Se per la separazione di beni che risulta da una sentenza, ciascun coniuge gode dei depositi da lui eseguiti, dovrebbe essere anche lo stesso per la separazione stabilita nel contratto.

Non si dovrebbe dire che la legge, parlando del *caso di separazione di beni*, intenda di quella giudiziaria e di quella stabilita nel contratto? Noi nol crediamo; il

secondo dei nostri quattro paragrafi parla assolutamente di qualunque deposito fatto durante il matrimonio, senza affatto distinguere se il deponente sia piuttosto maritato sotto una che sotto un'altra regola; inoltre il terzo paragrafo intende parlare della separazione di beni che si sostituisca, durante il matrimonio, ad una regola prima adottata, poichè da un lato la pareggia alla separazione di persona, e di poi parla del deposito *posteriore* alla separazione di persona o di beni.

Non v'ha dubbio adunque che il deposito fatto da un coniuge, tornerà in di lui vantaggio solo dopo la separazione giudiziaria, e che la regola secondo cui ciascuno dei coniugi prende una metà del deposito fatto da uno di essi s' applica per qualunque regola indistintamente, sia per la separazione di beni o per qualunque altra. Il legislatore, avuto riguardo da un lato che la separazione giudiziaria suppone una divisione totale d'interessi e di sentimenti più che quella per contratto, e d'altro lato spezialmente che la cassa di risparmio serve più alla classe degli operai, non poteva applicare la legge alla separazione per contratto (del pari che alla regola dotale o alla esclusione di comunione), poichè spesso cotesta gente si marita senza contratto e quindi sotto la comunione legale. Ma può anche avvenire che semplici operai facciano un contratto; che alcuni, ricchi al tempo del loro matrimonio, soffrano qualche rovescio, o che infine altri, quantunque ricchi, per ovviare ad eventi sinistri, facciano dei depositi nella cassa di risparmio. La riferita quistione si potrebbe adunque spesso presentare.

L'ultimo paragrafo dell'articolo infine modifica la regola, secondo cui si assegna a ciascun coniuge una metà dei depositi fatti da una persona maritata. Se uno dei coniugi sia assente (nel senso del tit. IV, lib. 1) o lontano dal suo domicilio per più di un anno, l'altro coniuge può farsi autorizzare dal giudice di pace, se questi lo creda giusto, secondo le circostanze, a fare dei depositi per suo conto esclusivo. In tal caso può farsi appello della sentenza innanzi il tribunale civile, il quale dovrà giudicare in camera di consiglio.

SUNTO DEL TITOLO QUINTO

DEL CONTRATTO (PECUNIARIO) DI MATRIMONIO

PARTE SECONDA

DELLE REGOLE SENZA COMUNIONE.

XCI. — Tre sono le regole con cui si esclude qualunque comunione di beni fra coniugi: 1° la Esclusione pura e semplice di qualunque comunione; 2° la Separazione di beni; 3° la Regola dotale.

CAPITOLO PRIMO.

DELLA REGOLA CHE ESCLUDE LA COMUNIONE.

XCII. — Se i due futuri coniugi, senza adottare nel contratto la regola dotale, nè la separazione di beni, dichiarino di non voler esser in comunione, essi formano un sistema particolare, che conferisce al marito, per la sua qualità di capo, tutti gli emolumenti, lo rende amministratore di tutti i beni e l'obbliga a sostenere solo i pesi della famiglia.

Il marito quindi, che gode di tutti i suoi beni e del prodotto della sua *industria* qual ch'esso sia, usufruisce anche di tutti

beni della moglie, e sono suoi non solo loeri delle case, i fitti o ricolti dei beni rali, tutti i beni ordinarî di lei, bensì i ladagni ordinarî dell'industria di lei, poiè sono anche frutti prodotti dal suo voro. — A torto si terrebbero gli ogetti d'arte, di scienza o di letteratura fatti illa moglie, come capitali, di modo che a i ne resterebbe la proprietà ed al marito godimento; lo ripetiamo son questi frutti ati e rinati dal talento e dall'industria, ari ai frutti ordinari che vivono e rivivono er la cosa materiale che li produce (articolo 1530-32 (TT), n. II).

Il marito adunque toglie tutti i frutti provenienti dalla moglie, non come mandatario di lei, ma per suo proprio dritto *jure mariti;* soddisfatti i bisogni della casa, sì i frutti che gli acquisti fatti col dippiù rimangono sua proprietà.

La moglie può vedere accrescersi con successioni o donazioni gli averi (o con un trovato tesoro); ma essa non può comprare che coi capitali in pria avuti. Se dunque un acquisto fatto in nome della moglie fosse creduto dagli eredi del marito una liberalità fraudolenta di questo, la moglie non giustificando aver pagato del suo, potrà esser condannata alla restituzione; non lo sarebbe necessariamente, da che il Codice non ha riprodotto la presunzione legale di liberalità, ammessa in tal caso nell'antico dritto; ma lo sarebbe se dalle circostanze sorgesse che l'acquisto fosse fatto col denaro del marito (*ibid.*).

XCIII. — Qui, come nella comunione, il marito è amministratore di tutt'i beni mobili ed immobili della moglie; esercita egli tutte le azioni mobiliari anche petitorie, e tutte le possessorie pure immobiliari, ma non le immobiliari petitorie.

Egli prende tutti i mobili della moglie che dovrà poi restituire allo scioglimento del matrimonio o alla sentenza di separazione. Quei che consumansi con l'uso debbono essere valutati o nel contratto di matrimonio o nello inventario steso quando il marito li riceve. Gli altri non si valutano, ma se ne fa sempre l'inventario, a cui è tenuto ogni usufruttuario, anche il padre che ha l'usufrutto legale. — Finito l'usufrutto, il marito deve restituire il prezzo delle cose di consumo secondo l'estimo; le altre le restituisce in natura nello stato in cui trovansi, purchè non sieno deteriorate per sua colpa. Se le cose di consumo non si fossero valutate, l'estimo si dovrebbe fare, occorrendo, con pruova testimoniale o per pubblica voce; e la moglie potrebbe anche con tal mezzo provare quanto sia il valore delle cose di non consumo, di cui il marito non abbia fatto inventario (*ibid.*, III).

XCIV. — Siccome proprî restano ad ogni coniuge i beni, così i debiti; ed i creditori dell'uno non potrebbero volgersi su ciò che è dell'altro. Gli scrittori dan falsamente ai creditori della moglie il dritto di procedere contro la intiera proprietà dei beni della loro debitrice, quando i loro titoli si abbiano una data certa anteriore al matrimonio. L'usufrutto dei beni, essendosi col matrimonio trasmesso al marito, non fa più parte del patrimonio della moglie, e i creditori nol potrebbero sequestrare (tranne vi sia privilegio od ipoteca) se non facendo annullare per frode la costituzione d'usufrutto ed esercitando l'azione pauliana (*ibid.*, IV).

Il marito usufruttuario dei beni della moglie è obbligato di provvedere ai bisogni della famiglia ed è tenuto sopra tutti questi beni ai pesi dell'usufrutto (articolo 1533 (T)).

XCV. — Sebbene il marito goda ed amministri i beni della moglie, pure si può convenire nel contratto che la moglie riscuoterà con le sue quitanze una certa porzione di rendite, senza essere astretta a farne domanda al marito ogni volta ne avrebbe bisogno. Il marito riman sempre l'amministratore della cosa di cui percepisconsi le rendite, e son suoi il dippiù non che gli acquisti che se ne farebbero. Potrebbe anche stipularsi il contrario; cioè che la moglie amministri e goda di una parte dei suoi beni, le rendite dei quali sarebbero sue, e potrebbe impiegarle in acquisti personali; ma con ciò si combinerebbero la esclusione della comunione e la separazione di beni, nel mentre la clausola di cui trattiamo non modifica punto

la regola che esclude la comunione (articolo 1534-I (T)).

Se i beni della moglie si godono in usufrutto dal marito, come anche i beni dotali, non son però da pareggiarsi affatto a quest'ultimi. Non ostante la contraria dottrina di molti scrittori, non potrebbero rendersi inalienabili, nè anche con una speciale stipulazione del contratto, dacchè l'inalienabilità deriva solo dalla regola dotale che si abbraccia; il marito non può esercitare sovr'essi le azioni petitorie immobiliari : finito l'usufrutto ei non godrebbe del dritto di restituire dopo un anno quei beni che non si rendono in natura ; in breve si applicheranno qui i principî generali e non gli speciali della regola dotale (1535-II e 1530-I (TT)).

CAPITOLO SECONDO

DELLA REGOLA DI SEPARAZIONE DI BENI.

XCVI.—La separazione di beni che si può con una sentenza sostituire o alla comunione o alla esclusione della comunione, ed anche, come vedremo più in là, combinarsi con la regola dotale, è una delle regole che si può adottare da coniugi nel loro contratto.

In questo caso i coniugi non mettono in comune i loro beni e le loro persone, nè la moglie concede al marito in uno alla sua persona la direzione ed il godimento dei suoi averi; ma sono estranei l'uno all'altro per rispetto ai loro beni, non ostante l'intima unione delle loro persone. Qui i coniugi rimangono infatti indipendenti negli averi, tranne che : 1° la moglie non può alienare gl'immobili senza che ne sia autorizzata dal marito o dal giudice; e 2° che ella deve contribuire alle spese della casa per un terzo delle sue rendite , ove non altrimenti sia determinato nel contratto, a differenza della separazione giudiziale (sotto cui i coniugi contribuiscono secondo i loro averi).

Ma se questa parte, insieme con tutte le rendite e guadagni del marito, non bastasse ai bisogni della casa , la moglie sarebbe obbligata di supplirvi del suo, secondo i principî stabiliti nel titolo del matrimonio. I coniugi sono estranei l'uno all'altro, sì per le passività che per le attività ; ed i creditori dell'uno, qui come sotto la esclusione semplice di comunione , non potrebbero , ove manchi l'inventario, procedere contro i mobili dei due coniugi, dappoichè i due mobili non fusi nel possesso del marito, restano legalmente distinti , come quelli di due amici che abitano la stessa casa (articolo (1536, 1537 (TT)).

XCVII. — La moglie separata di beni per contratto o per sentenza, o che abbia (sotto la regola dotale) beni parafernali, cioè in altro nome che sia separata di beni , amministra liberamente ed intieramente i suoi beni, e potrà quindi, secondo noi, alienare i mobili, senza bisogno della autorizzazione del marito o del giudice.

Alcuni han sostenuto il contrario; e la Corte suprema ebbe anche riguardato siccome distinto ed indipendente dal dritto di amministrazione, il dritto della moglie di alienare ed obbligare i suoi mobili. Ma di poi finalmente comprese essere eccezionale la facoltà accordata alla moglie dall' articolo 217 (206 M), il quale stabilisce come principio generale, specialmente applicato alla moglie separata di beni, come sotto qualunque altra regola, l'incapacità di alienare e quindi obbligarsi senza autorizzazione : cotalchè la facoltà accordata alla moglie è una eccezione che non può estendersi oltre ai casi per cui è scritta, cioè per i bisogni dell'amministrazione di cui ella è incaricata. È questa l'opinione oggi professata da tutti gli scrittori e dalla costante giurisprudenza della Corte suprema. — Dobbiamo adunque riconoscere che la moglie pei soli bisogni della sua amministrazione, potrà, senza esserne autorizzata, alienare i suoi beni mobili od obbligarsi per tutto

il loro valore, e che nonostante la dottrina d'un solo scrittore, non potrà disporre liberamente per donazione di tutto o d'una parte del suo mobile, poichè questo non sarebbe un atto di amministrazione.

Ma quando la moglie ha contratto una obbligazione, senza esserne autorizzata, per i bisogni della amministrazione, e fino al valore dei suoi mobili, bisogna forse conchiuderne con taluni scrittori poter eseguirsi non solo sui mobili di lei e sulle rendite dei suoi immobili, che sono pure mobili, ma anche sulla proprietà stessa dei suoi immobili? No certamente, ed invano invocasi qui il principio stabilito dall'art. 2092 (1962) : potersi cioè procedere contro tutti i beni del debitore per un'obbligazione contratta da una persona capace di obbligarsi, laddove la moglie, capace di obbligare senza autorizzazione i suoi beni mobili, non lo è poi per obbligare i suoi immobili. Ciò non è punto dubbio; il testo medesimo che pei mobili rende per eccezione capace la moglie, l'ha dichiarata formalmente incapace per gl'immobili.

Coteste regole, benchè espresse nel Codice in proposito della separazione giudiziale, si applicano eziandio alla convenzionale (e perciò anche quando la moglie abbia beni parafernali), checchè ne pensano alcuni giureconsulti; poichè la condizione è la medesima, e l'articolo 1538 (T) nega soltanto alla moglie separata per contratto la capacità di alienare gl'immobili, senza autorizzazione (articolo 1449 (T), n. III e IV).

XCVIII.—Sotto la regola di separazione, la moglie amministra liberamente i beni mobili, e quindi i suoi capitali, che può impiegare quando e come le piace; il marito dunque non è più risponsabile se il danaro ritratto dalla vendita dei suoi immobili non si sia impiegato. — Ma a ciò si fa eccezione : 1° se si pruovi che il marito abbia ricevuto il prezzo della vendita e lo abbia impiegato in suo vantaggio; 2° se egli nella vendita autorizzata da lui o dal giudice sia stato presente, o nell'atto di essa, se il prezzo si è pagato in contanti, o nell'atto di quitanza, se si sia pagato con dilazione, poichè la legge, avuto riguardo alla dipendenza della moglie, presume che il marito abbia ricevuto il danaro. Tal presunzione non avrebbe più luogo, se il marito provasse che non ostante ci sia intervenuto nell'atto, pure la moglie ha ricevuto il prezzo e ne ha disposto. Se il marito in taluni casi è risponsabile se non si sia fatto l'impiego, non lo è mai se sia riuscito non vantaggioso, perchè fatto dalla moglie padrona di amministrare come meglio crede. Ciò dichiara formalmente la legge (articolo 1450 (T), I e II)

La risponsabilità del marito trovasi sanzionata nel Codice per la separazione giudiziaria; pure, benchè vi siano alcune contraddizioni intorno a ciò, è da riconoscersi applicabile, come si fa d'ordinario, anche alla separazione per contratto, e quando la moglie abbia beni parafernali. — In questi due casi infatti, la moglie non è meno soggetta all'ascendente del marito, anzi dippiù, poichè non avrebbe ragioni da diffidare, come quella che è stata costretta a domandare la separazione giudiziale (*ibid.*, III).

XCIX.—Quando la moglie, senza un formale mandato, ovvero con un mandato che esima dall'obbligo di render conto, lasci al marito l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni, ella può alla fine del godimento domandare i frutti allora esistenti; non essendosi opposta, si ritiene che dei consumati siasi fatto un buono impiego.

Sarebbe altro se il marito avesse amministrato in forza d'un mandato che l'obbligava a render conto. Egli dovrebbe inoltre dar conto, se contro il volere della moglie e la sua opposizione ne avesse tolto o continuato il godimento (articolo 1539 (T).

CAPITOLO TERZO

DELLA REGOLA DOTALE.

C.—La regola dotale non riguarda per nulla i beni del marito; essa li lascia fuori di ogni comunione, pari all'esclusione di comunione, ed alla separazione di beni; ma stabilisce le regole più singolari pei beni della moglie. Dividonsi essi in dotali e parafernali; questi non offrono nulla di speciale, essendo pari a quelli della moglie separata di beni (art. 1574-80, (1387-93)); per l'incontro i beni dotali van sottoposti ad un sistema straordinario e bizzarro, il quale, tristo retaggio dei costumi del medio evo, è contro ai nostri costumi, ai sani principî della legislazione nazionale e cristiana, ed alle regole più sacre della morale e dell'equità.

I caratteri più evidenti dei beni dotali sono da un lato, il dritto esorbitante e *sui generis* conferito al marito per amministrare i beni di cui altronde ha il godimento; e dall'altro, l'inalienabilità e l'imprescrittibilità degli immobili dotali; privilegio di cui non godono i beni dei comuni o dello Stato, e che rende simili alle cose del demanio pubblico, le private.

Vedremo nella prima sezione come si rendano dotali i beni della moglie; diremo quindi nella seconda dei dritti di amministrazione e di godimento del marito; e nell' ultima della inalienabilità e dell'imprescrittibilità dei beni dotali.

SEZIONE PRIMA.

DELLO STABILIMENTO DE'BENI DOTALI

CI.—I beni possono essere dotali: 1° quando i coniugi espressamente dichiarino di adottare la regola dotale; 2° quando tali beni siano costituiti in dote alla moglie.

La moglie, dichiarando di adottare la regola dotale, ma non costituendosi dote, avrebbe solo beni parafernali; sarebbe sotto una regola dotale di nome, ma realmente, non ostante la varietà delle parole, sotto la separazione di beni. Se si costituisse la dote, ma non si adottasse espressamente la regola dotale, la dote costituita sarebbe tale nel senso generale della parola, e non nel senso stretto di cui trattiamo.

CII.—Quanto alla prima condizione, è uopo esprimer formalmente la volontà dei coniugi; ma non si richiedono per ciò parole sacramentali. Benchè sia più semplice e certo il dire che i coniugi *adottino la regola dotale*, si dovrebbe ritenere per adempita tale condizione, quando i coniugi (eseguite o separatamente, o insieme e con unica proposizione le due prescrizioni della legge) dicano di *sottomettersi alla regola dotale*, o che tutti *i beni della* moglie, o i tali, saran *soggetti alla regola dotale*, *o avranno natura dotale*, *o saran* regolati dagli art. 1549 e 1554 (1362 e 1367) *del Codice Napoleone* o che i tali beni *son costituiti in dote e perciò inalienabili*, ec. Checchè ne pensino molti giureconsulti, non può negarsi che non vi sia in ciò una dichiarazione *precisa e formale* (cioè *espressa*, *formulata* e non solo implicita) di voler seguire la regola dotale. Se si credesse, come un certo scrittore, che l'espressione di *beni dotali* anche opposta a quella di *parafernali* non abbia un particolar valore, perchè significa diffinitivamente *beni recati* IN DOTE, e sotto qualunque regola vi ha dote, si dovrebbe dire fin anco che l'espressione *regola dotale* è senza valore, perchè vuol dire *regola sotto cui* VI HA DOTE..

La condizione che i beni si costituiscono in dote, può aver effetto in due modi.—

SEZIONE II.

DRITTI ED OBBLIGHI DEI CONIUGI RIGUARDO AI BENI DOTALI.

CVIII. — La legge conferisce al marito u i beni dotali della moglie due dritti di he tratteremo separatamente; l' uno di mministrazione, e l'altro di godimento.

Il marito è l' amministratore di tutti i beni dotali, e come tale ha eccessivi poteri. — Egli solo in fatti esercita non solamente le azioni possessorie e le mobiliari, come qualunque amministratore, ma ben anche le immobiliari petitorie; la moglie non potrebbe intentarne alcuna. In Roma, ove il marito era in certo modo il proprietario della dote, tali poteri derivavano dalla sua stessa qualità; presso di noi, ove la moglie ha la proprietà dei beni dotali, cotesti poteri sorgono da un mandato legale, che rende il marito rappresentante legale necessario della moglie (come il tutore lo è del minore): non si adottò da noi l'antica idea di proprietà del marito, ma i risultamenti furono i medesimi. Se il marito, secondo il testo della legge, può da se solo sperimentare le azioni e far da attore, con più ragione può agire anche solo da convenuto, per cui è stato qualche volta mal giudicato esser necessario citare ad un tempo la moglie e il marito (1549 (1362), I e II).

CVIII. — Ma il marito potrebbe da noi, diversamente dal dritto romano, procedere da se solo alla divisione dei beni dotali?

Per l'affermativa si è detto, che in Roma egli ciò non potea fare, perchè la divisione attribuiva la proprietà (ed era quindi un atto di alienazione di cui non è capace il marito): mentre oggi essa è semplicemente dichiarativa. — Ma le antiche regole si son volute seguire, nonostante l'abbandono dei principî da cui erano ingenerate; onde è forza dire che cotesto dritto che non appartenne mai al marito, non gli appartiene nemmeno sotto il Codice, e così è stato a buon dritto deciso dalla giurisprudenza non che dalla dottrina. Il marito non potrebbe nè manco fare transazioni che contenessero una alienazione; ma si è sempre riconosciuto ch'ei potrebbe consentirne ove non si tratti di cosa dotale (*ibid.*, III, IV).

Oltre all'amministrazione, il marito ha il dritto di godimento, o d' usufrutto, di cui tratteremo in due distinti paragrafi; nel primo dei quali diremo della natura e dell'estensione di tal dritto; nel secondo del modo come si estingua, e della restituzione di dote.

1. Della natura e degli effetti dell'usufrutto del marito.

CIX.—In quanto ai beni dotali, il marito non può pareggiarsi all'usufruttuario comune. Così 1° questi è tenuto sempre a dare una cauzione, se non n'è dispensato, ed il marito invece non vi è obbligato, se non vi sia una clausola speciale del contratto; sarebbe stato poco conveniente che la moglie, la quale affida la sua persona al marito, debba avere garentiti i suoi beni da un estraneo; 2° il marito cessato l'usufrutto avrebbe dritto ad essere ristorato pei ricolti che lascerebbe fare alla moglie, e pei miglioramenti recati ai beni di lei. La quale regola dettata a fin d' impedire le indirette liberalità tra marito e moglie, deriva anche da ciò, che il marito, diversamente dall'usufruttuario, non per sè solo, ma per la famiglia, nell'interesse dei figli e della moglie, e qual mandatario legale di costei, fa eseguire i lavori onde aumentare il valore d'un fondo; gli è per lui un dovere non che un dritto; 3° il marito acquista giorno per giorno tutti i frutti dei beni dotali, compresi i naturali che l'usufruttuario comune acquista appena percepiti; così il marito dal dì del matrimonio prende tanti ricolti annuali per quanto dura il suo usufrutto, ed una frazione del ricolto dell'ul-

timo anno in proporzione del suo usufrutto. Il marito è obbligato a far fronte ai bisogni della casa coi frutti della dote, per cui egli ha dritto di percepirli per quanto dura l'usufrutto; da ciò segue, nonostante che un recente scrittore la pensi altrimenti, doversi applicare tale regola anche ai ricolti che si hanno a lunghi intervalli. Se si decidesse il contrario, si contraffarebbe al volere del legislatore, e si ammetterebbero per molti anni quegl'inconvenienti che egli non volle tollerare nè pur per pochi mesi. 4° Il marito non potrebbe cedere ad un terzo il suo usufrutto, col quale deve soddisfare ai bisogni domestici. Ma ciò deriva dalla destinazione della dote, non già dall'essere il marito, come lo è per il dritto di amministrare, il mandatario della moglie (dacchè egli gode dei beni dotali in forza d'un dritto suo proprio, tanto che soddisfatti i bisogni della casa, può disporre del dippiù delle rendite) (art. 1550-I, 1562, 1571 (1363, 1375, 1384)).

CX.—Non ostante tale differenza (e ve ne ha delle altre come vedremo) il dritto di godimento del marito è sempre un usufrutto; nè comprendiamo come uno scrittore gli abbia negato tal qualità ed il carattere di dritto reale, perchè in Roma non fu mai detto usufrutto. Certo i Romani, che ritenevano proprietario della dote il marito, non potevan chiamarlo usufruttuario; ma per ciò stesso quel dritto deve mettersi nel novero dei dritti reali, e tenersi come un usufrutto privilegiato e più favorito dell'usufrutto comune (art. 1550-II (1363)).

CXI.—Il marito sotto la regola dotale, del pari che l'usufruttuario comune, non ha sempre un usufrutto propriamente detto pei varî beni che a lui si danno; di alcuni egli acquista piena e libera proprietà coll' obbligo di restituirne alla fine dell' usufrutto o il loro valore, ovvero altri beni della medesima qualità e quantità: dotale allora non è la cosa, ma il credito della moglie, onde aver l'equivalente, per cui non altro esiste che un quasi-usufrutto.

Quattro specie di beni si distinguono, di cui il marito, alla celebrazione del matrimonio, diviene quasi-usufruttuario, cioè proprietario assoluto coll' obbligo di restituirne l'equivalente: 1° Le cose fungibili, cioè quelle che consumansi coll'uso ed anche quelle che sono destinate a vendersi: fra le quali è primo il danaro contante; ma un fondo di commercio non vi si potrebbe annoverare, come a torto hanno fatto alcune decisioni. Le mercanzie sono certamente fungibili, perchè destinate a vendersi onde essere sostituite da altre cose; ma il fondo che con le mercanzie succedentisi *semper idem durat*, non è affatto fungibile; 2° I mobili non fungibili, dei quali facendosi l'estimo nel contratto, non si dichiari che ciò non li renda punto come venduti; fra questi vanno i crediti e le rendite; 3° I medesimi immobili, se si faccia nel contratto l'estimo e la dichiarazione formale che esso importi vendita; 4° Infine gl'immobili che sostituiscono le somme dotali ricevute dal marito senza condizione di impiego: così, se il marito, senza esservi obbligato nel contratto, compri un immobile col danaro datogli in dote, o se quegli che avea promesso per dote una determinata somma, dia al marito un immobile di uguale valore (o in forza di una facoltà riserbata nel contratto o per posteriore convenzione), esso sarà proprio del marito, come lo sarebbe stato il danaro (1551-1553 (1364-1366), nn. I, II e III.

CXII.—Sarebbe altrimenti però, e allora il bene dotale apparterrebbe alla moglie, se il dotante, riservandosi la facoltà di dar l'immobile invece del danaro, avesse stipulato che esso sarebbe dotale, ovvero se il marito avesse comprato l'immobile in forza di una clausola d' impiego scritta nel contratto.

Se si dovessero impiegare somme dovute alla moglie, i debitori, giusta le tradizioni conservate dal Codice e consacrate dalla giurisprudenza, sono responsabili di non essersi fatto l'impiego ed anche di essere riuscito svantaggioso; e dovranno quindi pagare quando l'impiego sarà buono e valido. Del resto il regresso della moglie contro i debitori si ammette in sussidio,

quando sia insufficiente il suo regresso contro il marito (*ibid*).

Oltre alle quattro specie di beni, di cui il marito diviene proprietario alla celebrazione del matrimonio, ve ne ha di quelli che possono diventare sua proprietà durante il matrimonio. Infatti, quando si vendano alcuni immobili, che in forza del contratto potevano alienarsi senza obbligo di reimpiego, ovvero dei mobili non fungibili nè stimati, il marito diventa proprietario del danaro che vien sostituito ai beni di cui era in prima proprietaria la moglie la quale levasi poi creditrice del solo danaro.

CXIII. — Il marito, durante il suo godimento, è tenuto alle medesime obbligazioni dell' usufruttuario comune, a cui è pareggiato; egli però, come amministratore generale dei beni dotali, ha degli obblighi più estesi. Come usufruttuario egli deve fare a sue spese le riparazioni ordinarie; come amministratore dovrà inoltre fare le riparazioni straordinarie (per conto della moglie), e dovrà rispondere delle perdite o dei deterioramenti avvenuti per non essersi fatte. Egli deve addippiù esercitare tutte le azioni, e di conseguenza dovrà rispondere di tutte le prescrizioni che abbia lasciato correre (art. 1562 (1375)).

La moglie però, quantunque sotto questa regola debba conferire al marito l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni dotali, può nondimeno, come sotto la esclusione di comunione, riserbarsi nel contratto di matrimonio il dritto di riscuotere direttamente colle sole sue quitanze una determinata parte di rendite.

Questa clausola produce i medesimi effetti che abbiamo sopra indicati nel numero XCV (art. 1549 (1362)).

2. Della estinzione dell'usufrutto del marito, e della restituzione della dote.

CXIV. — L'usufrutto del marito sopra i beni costituiti in dote si estingue allo scioglimento del matrimonio, o alla separazione di persona o di beni, o di beni soltanto, che sarebbe pronunziata fra coniugi.

Qui, come sotto la regola di comunione o di esclusione di comunione, la moglie può, se veda in pericolo la sua dote, ottenere la separazione dei beni, la quale deriva per altro, come si sa, da qualunque sentenza di separazione di persona. Come appresso vedremo, colla separazione di beni, quantunque non venga meno interamente la regola dotale, pure la moglie riprende l' amministrazione ed il godimento della sua dote.

Eessando l'usufrutto e l'amministrazione del marito, egli dovrà restituire la dote alla moglie o ai suoi eredi, ovvero al dotante, se così siasi convenuto.

In qualunque caso la restituzione può richiedersi immediatamente, se la moglie sia rimasta proprietaria delle cose che si devono restituire, ed il marito od i suoi eredi le abbiano in possesso; pei crediti però, avuto riguardo la legge che essi non potrebbero essere al presente a disposizione del marito, accorda a lui o ai suoi eredi il termine di un anno per potere restituire. La restituzione si può domandare in trent'anni, a contare dalla estinzione dell'usufrutto nel primo caso, e nel secondo dopo scorso il termine accordato (artic. 1563-1565 (1376-1378)).

Gli interessi della dote si devono sempre di pieno dritto dal giorno della estinzione dell'usufrutto, per qualunque causa sia essa avvenuta, e chiunque sia la persona a cui si debba restituire; ma se la causa è la morte del marito, la vedova gode di due prerogative che le son personali: 1° essa ha la scelta di prendere, per l'anno che siegue la morte, o gli interessi o gli alimenti; 2° in tutti e due i casi essa ha il dritto all'abitazione e al lutto durante il medesimo tempo (art. 1570 (1383)).

CXV. — La moglie che domanda la restituzione deve provare che la dote sia stata ricevuta dal marito, ovvero che egli abbia trascurato di riceverla, e debba quindi rispondere del suo valore; ma se l'usufrutto si estingua scorsi dieci anni dacchè la dote dovea esser pagata, in tal caso la legge presume, in vantaggio della moglie e dei

timo anno in proporzione del suo usufrutto. Il marito è obbligato a far fronte ai bisogni della casa coi frutti della dote, per cui egli ha dritto di percepirli per quanto dura l'usufrutto; da ciò segue, nonostante che un recente scrittore la pensi altrimenti, doversi applicare tale regola anche ai ricolti che si hanno a lunghi intervalli. Se si decidesse il contrario, si contraffarebbe al volere del legislatore, e si ammetterebbero per molti anni quegl'inconvenienti che egli non volle tollerare nè pur per pochi mesi. 4° Il marito non potrebbe cedere ad un terzo il suo usufrutto, col quale deve soddisfare ai bisogni domestici. Ma ciò deriva dalla destinazione della dote, non già dall'essere il marito, come lo è per il dritto di amministrare, il mandatario della moglie (dacchè egli gode dei beni dotali in forza d'un dritto suo proprio, tanto che soddisfatti i bisogni della casa, può disporre del dippiù delle rendite) (art. 1550-I, 1562, 1571 (1363, 1375, 1384)).

CX. — Non ostante tale differenza (e ve ne ha delle altre come vedremo) il dritto di godimento del marito è sempre un usufrutto; nè comprendiamo come uno scrittore gli abbia negato tal qualità ed il carattere di dritto reale, perchè in Roma non fu mai detto usufrutto. Certo i Romani, che ritenevano proprietario della dote il marito, non potevan chiamarlo usufruttuario; ma per ciò stesso quel dritto deve mettersi nel novero dei dritti reali, e tenersi come un usufrutto privilegiato e più favorito dell'usufrutto comune (art. 1550-II (1363)).

CXI. — Il marito sotto la regola dotale, del pari che l'usufruttuario comune, non ha sempre un usufrutto propriamente detto pei vari beni che a lui si danno; di alcuni egli acquista piena e libera proprietà coll'obbligo di restituirne alla fine dell'usufrutto o il loro valore, ovvero altri beni della medesima qualità e quantità: dotale allora non è la cosa, ma il credito della moglie, onde aver l'equivalente, per cui non altro esiste che un quasi-usufrutto.

Quattro specie di beni si distinguono, di cui il marito, alla celebrazione del matrimonio, diviene quasi-usufruttuario, cioè proprietario assoluto coll'obbligo di restituirne l'equivalente: 1° Le cose fungibili, cioè quelle che consumansi coll'uso ed anche quelle che sono destinate a vendersi: fra le quali è primo il danaro contante; ma un fondo di commercio non vi si potrebbe annoverare, come a torto hanno fatto alcune decisioni. Le mercanzie sono certamente fungibili, perchè destinate a vendersi onde essere sostituite da altre cose; ma il fondo che con le mercanzie succedentisi *semper idem durat*, non è affatto fungibile; 2° I mobili non fungibili, dei quali facendosi l'estimo nel contratto, non si dichiari che ciò non li renda punto come venduti; fra questi vanno i crediti e le rendite; 3° I medesimi immobili, se si faccia nel contratto l'estimo e la dichiarazione formale che esso importi vendita; 4° Infine gl'immobili che sostituiscono le somme dotali ricevute dal marito senza condizione di impiego: così, se il marito, senza esservi obbligato nel contratto, compri un immobile col danaro datogli in dote, o se quegli che avea promesso per dote una determinata somma, dia al marito un immobile di uguale valore (o in forza di una facoltà riserbata nel contratto o per posteriore convenzione), esso sarà proprio del marito, come lo sarebbe stato il danaro (1551-1553 (1364-1366), nn. I, II e III.

CXII. — Sarebbe altrimenti però, e allora il bene dotale apparterrebbe alla moglie, se il dotante, riservandosi la facoltà di dar l'immobile invece del danaro, avesse stipulato che esso sarebbe dotale, ovvero se il marito avesse comprato l'immobile in forza di una clausola d'impiego scritta nel contratto.

Se si dovessero impiegare somme dovute alla moglie, i debitori, giusta le tradizioni conservate dal Codice e consacrate dalla giurisprudenza, sono responsabili di non essersi fatto l'impiego ed anche di essere riuscito svantaggioso; e dovranno quindi pagare quando l'impiego sarà buono e valido. Del resto il regresso della moglie contro i debitori si ammette in sussidio,

quando sia insufficiente il suo regresso ontro il marito (*ibid*).

Oltre alle quattro specie di beni, di cui marito diviene proprietario alla celebraione del matrimonio, ve ne ha di quelli he possono diventare sua proprietà durante matrimonio. Infatti, quando si vendano lcuni immobili, che in forza del contratto otevano alienarsi senza obbligo di reimiego, ovvero dei mobili non fungibili nè timati, il marito diventa proprietario del lanaro che vien sostituito ai beni di cui era n prima proprietaria la moglie la quale levasi poi creditrice del solo danaro.

CXIII. — Il marito, durante il suo godimento, è tenuto alle medesime obbligazioni dell' usufruttuario comune, a cui è pareggiato; egli però, come amministratore generale dei beni dotali, ha degli obblighi più estesi. Come usufruttuario egli deve fare a sue spese le riparazioni ordinarie; come amministratore dovrà inoltre fare le riparazioni straordinarie (per conto della moglie), e dovrà rispondere delle perdite o dei deterioramenti avvenuti per non essersi fatte. Egli deve addippiù esercitare tutte le azioni, e di conseguenza dovrà rispondere di tutte le prescrizioni che abbia lasciato correre (art. 1562 (1375)).

La moglie però, quantunque sotto questa regola debba conferire al marito l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni dotali, può nondimeno, come sotto la esclusione di comunione, riserbarsi nel contratto di matrimonio il dritto di riscuotere direttamente colle sole sue quitanze una determinata parte di rendite.

Questa clausola produce i medesimi effetti che abbiamo sopra indicati nel numero XCV (art. 1549 (1362)).

2. Della estinzione dell'usufrutto del marito, e della restituzione della dote.

CXIV. — L'usufrutto del marito sopra i beni costituiti in dote si estingue allo scioglimento del matrimonio, o alla separazione di persona o di beni, o di beni soltanto, he sarebbe pronunziata fra coniugi.

Qui, come sotto la regola di comunione di esclusione di comunione, la moglie può, se veda in pericolo la sua dote, ottenere la separazione dei beni, la quale eriva per altro, come si sa, da qualunue sentenza di separazione di persona. ome appresso vedremo, colla separazione i beni, quantunque non venga meno inieramente la regola dotale, pure la molie riprende l' amministrazione ed il goimento della sua dote.

Eessando l'usufrutto e l'amministrazione el marito, egli dovrà restituire la dote lla moglie o ai suoi eredi, ovvero al doante, se così siasi convenuto.

In qualunque caso la restituzione può ichiedersi immediatamente, se la moglie ia rimasta proprietaria delle cose che si evono restituire, ed il marito od i suoi redi le abbiano in possesso; pei crediti erò, avuto riguardo la legge che essi non otrebbero essere al presente a disposizione del marito, accorda a lui o ai suoi eredi il termine di un anno per potere restituire. La restituzione si può domandare in trent'anni, a contare dalla estinzione dell'usufrutto nel primo caso, e nel secondo dopo scorso il termine accordato (artic. 1563-1565 (1376-1378)).

Gli interessi della dote si devono sempre di pieno dritto dal giorno della estinzione dell'usufrutto, per qualunque causa sia essa avvenuta, e chiunque sia la persona a cui si debba restituire; ma se la causa è la morte del marito, la vedova gode di due prerogative che le son personali: 1° essa ha la scelta di prendere, per l'anno che siegue la morte, o gli interessi o gli alimenti; 2° in tutti e due i casi essa ha il dritto all'abitazione e al lutto durante il medesimo tempo (art. 1570 (1383)).

CXV. — La moglie che domanda la restituzione deve provare che la dote sia stata ricevuta dal marito, ovvero che egli abbia trascurato di riceverla, e debba quindi rispondere del suo valore; ma se l'usufrutto si estingua scorsi dieci anni dacchè la dote dovea esser pagata, in tal caso la legge presume, in vantaggio della moglie e dei

suoi eredi, o che il marito l'abbia ricevuta, o che sia stato negligente; la quale presunzione può venir meno colla pruova in contrario. Il marito però non deve sempre provare che egli abbia fatto dei procedimenti rigorosi; poichè secondo le circostanze e la qualità del donante possono esser sufficienti reiterate istanze amichevoli. Cotesta presunzione di pagamento o di colpa non potrebbe invocarsi dal dotante, il quale essendo debitore della dote, non può mai giovarsi della inazione e negligenza del creditore, se non corra prescrizione, cioè dopo trent'anni. Nè tampoco la moglie, se essa stessa si abbia costituito la dote. Invano si vorrebbe opporre a ciò la legge romana (dettata per altro caso), ma non ammessa dal nostro Codice, il quale riproduce qui la regola del parlamento di Tolosa che negava il beneficio della presunzione quando la moglie stessa si era dotata (art. 1569 (1382)).

CXVI. — A differenza di qualunque usufruttuario, il marito è obbligato soltanto, quando si estingue l'usufrutto, a restituir quei mobili che rimarranno e nello stato in cui si troveranno, purchè non si siano perduti o deteriorati per sua colpa. Il qual principio è specialmente applicato ai crediti, rendite e dritti di usufrutto che abbian sofferto perdita o riduzione; ma non alle biancherie e alle vesti che servono all'uso della moglie. Se le robe siano state consegnate senza stima, e sieno quindi restate in proprio alla moglie, questa, che secondo i principî dovrebbe riprender quelle vesti e biancherie che rimanessero, potrebbe ritenere quelle che servono attualmente al suo abbigliamento, siano anche d'un ingente valore, o perchè in migliore stato, o perchè valgono più.

Se per l'incontro siano state consegnate con istima, la legge deroga anche al dritto comune, secondo cui la moglie potrebbe ripeter solo il valore della stima, e le permette di ritenere, ove lo voglia, le biancherie e ciò che serve al suo uso quando anche d'un valore molto maggiore. Ma se valgano meno, la moglie potrebbe farsi pagare la differenza, poichè la legge col dritto di scegliere intendeva accordarle un beneficio e non mai farle soffrire una perdita (art. 1566-1568 (1379-1381)).

CXVII. — La legge infine accorda alla moglie (ed ai suoi eredi) un ultimo beneficio, per rispetto alla collazione della dote alla eredità del dotante.

Secondo il dritto comune, la moglie chiamata alla eredità del dotante, quando il marito abbia in tutto o in parte sciupato la dote che ella ebbe costituita senza dispensa di collazione, dovrebbe conferirne il valore ai suoi coeredi. Or a questo principio si fa eccezione per il caso in cui il marito era già insolvibile e non aveva nè arte nè professione quando si costituiva la dote; in tal caso la moglie non dovrà conferire nella eredità del costituente altro che l'azione a lei spettante contro il marito o i suoi eredi. Questa eccezione però deve applicarsi solo per la regola dotale (art. 1573 (1387)).

All'infuori dei riferiti, la moglie sotto la regola dotale non gode di altri vantaggi particolari: essa non ha alcun privilegio sui beni del marito per ripetere la sua dote. Il suo credito, come quello di qualunque altra donna maritata, è garentito da un'ipoteca legale ma non già privilegiato nel significato proprio della parola (art. 1572 (1385)).

SEZIONE III.

DELLA INALIENABILITA' ED IMPRESCRITTIBILITA' DEI BENI DOTALI.

§ 1° — *Della inalienabilità dei beni dotali.*

Parleremo successivamente: 1° del principio della inalienabilità; 2° delle eccezioni che soffre; e 3° della sanzione stabilita per la sua violazione.

1. Del principio della inalienabilità.

CXVIII. — I soli immobili dotali son dichiarati inalienabili dalla legge, non mai i mobili, come sorge dallo articolo che ne stabilisce il principio, dalla rubrica sotto cui è posto l'articolo, in somma da tutta intiera la sezione. Infatti il dritto romano e tutti gli altri antichi commentatori non ammisero come inalienabile che la dote mobiliare. Il contrario ci trarrebbe all'assurdo, dacchè se i soli immobili si potessero alienare in alcuni casi, i mobili non si potrebbero mai, nemmeno per sostentare i coniugi e i figli (art. 1554-II (1367 M)).

Adunque inalienabili sono gli immobili propriamente dotali, quelli cioè che restano in proprietà della moglie, sebbene amministrati e goduti dal marito perchè direttamente costituiti nel contratto. Non sono poi inalienabili quegli immobili che diventano la proprietà del marito, pei quali altro non resta alla moglie che un credito, come vedemmo più sopra (n. CXI, 3° e 4°). Non sarebbero inalienabili nemmeno, profferita una sentenza di separazione di beni fra i coniugi, gli immobili dati alla moglie dal marito onde pagarle i danari dotali, o acquistati da lei coi danari medesimi: in questo caso, dotale è il valore mobiliare, non l'immobile; or la dote mobiliare può del tutto alienarsi (1553-IV (1366)).

CXIX. — Si è sempre ripetuto, ma con poca esattezza, che la giurisprudenza ammette come principio, essere inalienabile la dote mobiliare. Gli è vero che si è ammessa la pretesa inalienabilità, quando è intervenuta fra i coniugi sentenza di separazione; ma si è riconosciuto che sia in generale alienabile la dote mobiliare nello stato ordinario della regola dotale. Gli è pur vero che nelle decisioni si usa sempre inesattamente la parola *inalienabilità*, presa in senso contrario, perchè è stato fermamente deciso che i mobili siano affatto alienabili. Leggesi nelle decisioni: « Il Codice non ha voluto mutare l'antico stato di cose; il marito ha avuto sempre, e quindi ha il dritto di disporre della dote mobiliare. Egli, non mai la moglie, ne può disporre; e siccome ei solo può esercitare le azioni petitorie, ei solo del pari può alienare i mobili. La dote mobiliare adunque è inalienabile in certo modo ***per rispetto alla moglie*** ». Il linguaggio è inesatto, ma le idee son vere. Se il marito può alienare i mobili, essi dunque non sono inalienabili; la moglie è solo incapace di alienarli, ma non già il marito che è ***procurator*** di lei.

Per mala ventura il linguaggio inesatto che ha qualificato la incapacità della persona per inalienabilità delle cose, ha tratto la giurisprudenza ad idee inesatte per la separazione di beni. Il marito, per la separazione, non può più alienare la dote mobiliare; e si giunse perfino a dire che non potendo la moglie alienare la dote mobiliare nella regola dotale, e non potendola alienare il marito nella separazione, era quindi del tutto inalienabile. Ma tal pretesa inalienabilità è confutata dalla stessa dottrina delle decisioni. Infatti essa, benchè usi un linguaggio non proprio, riconosce che i mobili sieno alienabili, ma non dalla moglie, bensì dal marito. Or ciò che la regola dotale (per cui soltanto si può creare la inalienabilità) lascia alienabile, non può divenire inalienabile per la separazione di beni, ma allora potrà soltanto alienarsi dalla moglie, cui ritornano tutt'i dritti conferiti al marito dalla regola dotale, come l'esercizio delle varie azioni, l'amministrazione e il godimento di tutt' i beni (*ibid.*, III).

CXX. — I frutti dei mobili possono, come questi, alienarsi; ma non già assolutamente quelli degl'immobili. Essi son destinati a servire ai bisogni del matrimonio, ma non si potrebbe dire, come fa uno scrittore, che essi siano pienamente disponibili e per qualunque causa. Se così fosse, sarebbe necessaria l'alienazione dei medesimi immobili per soccorrere ai bisogni della casa, sicchè la inalienabilità di una parte delle rendite dei fondi dotali (per qualunque altra causa che non sieno i bi-

sogni domestici) è la conseguenza della inalienabilità dei medesimi fondi. Bisogna adunque, come ha fatto la giurisprudenza, dividere in due parti le rendite: quella che serve a' bisogni della famiglia può alienarsi solo per tale oggetto; il dippiù può intieramente disporsi, dal marito prima della separazione, dalla moglie dopo. Il marito, prima della separazione, può impiegarlo o in acquisti personali o per soddisfare i suoi debiti, e i creditori della moglie non potrebbero sequestrarlo, poichè è proprio del marito. Per l' incontro, dopo la separazione, i creditori del marito non vi avranno diritto, e quei della moglie possono sequestrarlo, senza affatto distinguere, come a torto vuole la giurisprudenza, le obbligazioni posteriori da quelle anteriori alla sentenza di separazione. Per vero un creditore può sequestrare anche i beni che pervengono al suo debitore dopo contratta la obbligazione, poichè chi si obbliga deve rispondere sopra i suoi beni presenti e futuri. Se dunque i creditori della moglie anteriori alla separazione non possono sequestrare il dippiù ricavato prima che fosse pronunziata (non perchè esso non sia disponibile, ma perchè non appartiene alla moglie debitrice) essi potranno bensì sequestrare quello che dopo la moglie stessa percepisse (*ibid.*, IV e VIII).

CXXI. — L'inalienabilità degli immobili e della porzione delle loro rendite che serve ai bisogni della famiglia, incomincia alla celebrazione del matrimonio. Però si è controverso se debba cessare non solo collo scioglimento del matrimonio, ma anche colla separazione di beni.

Il Codice, volendo mantener sempre la regola dotale, non ha inteso far sostituire a questa la separazione di beni (come nella comunione od esclusione di comunione) ma combinarle, formandone una regola mista, sotto cui i coniugi, da un lato son soggetti alla regola dotale, perchè gl'immobili son sempre inalienabili, e dall' altro alla separazione di beni, perchè la moglie amministra e gode di tutti i suoi beni. Ma ora è questo un punto fermo in dottrina ed in giurisprudenza, come lo era nell'antico dritto.

Del rimanente cotesta regola dotale insieme e di separazione deve risultare da una sentenza, nè potrebbe stabilirsi nel contratto di matrimonio; poichè se così fosse, si contraffarrebbe doppiamente alle regole d'ordine pubblico. Da un lato infatti, si otterrebbe con essa l'inalienabilità senza le condizioni che la legge richiede; dall'altro, ne scapiterebbe la dignità del marito, poichè gli si toglierebbe il dritto di amministrare datogli dalla legge sopra tutti i beni dotali (*ibid.*, V e VI).

CXXII. — Scioltosi il matrimonio, vien meno la regola dotale, e la moglie o i suoi eredi possono disporre degli *immobili*, ma solo per l'avvenire; poichè qualunque atto di alienazione diretta o indiretta formato durante il matrimonio, non potrebbe eseguirsi sopra essi immobili dopo lo scioglimento. Si è preteso il contrario per le obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio, ma a torto. Certamente colui che si obbliga, obbliga tutt'i suoi beni presenti che possono disporsi, come anche quei futuri che gli perverranno liberi; ma non potrebbe obbligare quei beni presenti tolti al suo dritto di disporre, e che sono fuori commercio. E siccome con un tal atto si violerebbe il principio della inalienabilità, stabilito formalmente per la moglie e per i suoi eredi, non v'ha dubbio quindi che nè essa nè gli eredi di lei potrebbero esser tenuti ad adempirlo; sicchè a ragione la giurisprudenza ha rigettato la distinzione fra la moglie e i suoi eredi proposta da uno scrittore e da una decisione.

Ma se dopo lo scioglimento pervenisse un bene alla moglie, essa dovrebbe risponder anche sovr'esso della obbligazione prima contratta, poichè questo bene (che avrebbe potuto esser dotale, se la moglie si avesse costituito i suoi beni futuri, e se fosse pervenuto durante il matrimonio) non è stato mai dotale. E fa meraviglia come una decisione (la quale fu annullata, come era di ragione) abbia potuto ammettere il contrario (*ibid.*, VIII).

CXXIII. — La legge vieta formalmente

che gl' immobili possano alienarsi (e quindi obbligarsi), non che ipotecarsi. L' ipoteca infatti, che sarebbe abbastanza proibita implicitamente col divieto dell'alienazione (poichè non potendosi alienare non si può nemmeno ipotecare), meritava inoltre un'espressa proibizione, poichè arreca più danno che l'alienazione diretta. Alienando infatti, la moglie con piena conoscenza di causa si priva dell'immobile, mentrechè essa potrebbe spesso consentire una ipoteca nella speranza di un pagamento che non potrebbe poi portare ad effetto, e si vedrebbe spogliata dell' immobile suo malgrado. La legge *Giulia* era anche più rigorosa per l'ipoteca che per l'alienazione diretta (*ibid.*, I, e 1556 (1369) IV).

2. Eccezioni al principio della inalienabilità.

CXXIV.—Due sorta di eccezioni si son fatte al principio della inalienabilità degli immobili dotali. Una è scritta nel medesimo Codice e deroga direttamente ed unicamente alla inalienabilità, poichè permette in alcuni determinati casi di alienare gli immobili che non si potrebbero nei casi ordinari. L'altra puramente convenzionale si crea nel contratto di matrimonio, modificando il sistema legale della regola dotale e schivando il rigore della inalienabilità con una clausola che dichiari dotali gli immobili senza essere inalienabili.

L'eccezione diretta stabilita dalla legge, che forma una parte essenziale della regola dotale, abbraccia vari casi che si possono distinguere in quattro classi (articolo 1555-56 (1368 M-69), n. I.)

CXXV.—La prima classe offre due casi, non scritti nel Codice, in cui l'alienabilità è imposta dalla natura stessa delle cose.

L'immobile dotale può esser sempre alienato e pignorato per riparare i delitti, anche puramente civili, della moglie, la quale non potrebbe sotto il principio della inalienabilità garentirsi dai suoi reati.

Del resto si dovrebbe in tal caso agir solo sulla nuda proprietà degli immobili dotali, e non già sull'usufrutto del marito, tranne che questi non sia complice della moglie.

Si può similmente alienare l' immobile per pagare le spese delle liti fatte per la dote, poichè servono appunto a conservarla (*ibid.*, II).

CXXVI.—La legge inoltre permette la alienazione per collocare in matrimonio od altrimenti i figli della moglie. Se questi siano di un precedente matrimonio, e il marito si nieghi a dar l'autorizzazione alla moglie, potrà questa chiederla al giudice, salvo sempre l'usufrutto del marito; ma se i figli sono comuni, la qualità di padre è agli occhi della legge una garanzia sufficiente, ed ove questi nieghi la sua autorizzazione, non vi potrebbe supplire il magistrato. Alcuni han voluto negare cotesta differenza fra i due casi; ma esso è ben semplice : il legislatore infatti, se avesse voluto stabilire unica regola, non avrebbe dettato, come ha fatto, due disposizioni distinte (*ibid.*, III).

CXXVII.—La terza classe abbraccia cinque casi in cui si è dovuto per impellenti necessità permettere l'alienazione, e in cui inoltre la vendita deve esser fatta colla autorizzazione del giudice ed ai pubblici incanti.

La vendita può esser permessa : 1° Per trarre dalle carceri il marito o la moglie.—È necessario però che la prigionia sia grave, e non combinata con un terzo, affin di evitare con quel mezzo fraudolento, i rigori della inalienabilità : in questo caso il terzo potrebbe esser condannato a ristorare la moglie, purchè egli come complice della frode le ha fatto perdere l' immobile. Del resto, il tribunale potrà negare la sua autorizzazione, se conosca che della libertà del marito non torni conto alla famiglia ; come se fosse uno sciupatore che uscito dal carcere tornerebbe alle sue matte spese. Infine se la moglie abbia venduto il suo immobile per pagare un debito del marito, potrà farsene poi rimborsare, se egli venga in miglior fortuna (articolo 1558 (1371), I) ;

2° Per somministrare gli alimenti ai con-

iugi, ai figli o ai parenti od affini a cui si devono. Se in questo caso il marito (il quale deve soccorrere ai bisogni della famiglia, fintantochè le sue sostanze glielo permettano), tornato in prospero stato, continuasse a servirsi delle somme cavate dalla vendita dello immobile dotale, la moglie avrebbe il regresso contro di lui; ma per tutto quel che egli ha preso durante le sue disgrazie, non dovrebbe alcuno rimborso, poichè gli alimenti, ove il marito non possa, debbono provvedersi dalla moglie (*ibid.*, II);

3° Per pagare i debiti della moglie o di quelli che hanno costituito la dote, allorchè questi debiti hanno una data certa anteriore al contratto di matrimonio. — Qui però non sono i creditori, secondochè alcuni scrittori han creduto, che possono domandare ed ottenere il permesso di agire. O essi, non ostante la costituzion della dote, han conservato il loro dritto di agire sugli immobili, e non possono quindi domandarlo; o l'han perduto per la costituzion della dote, e il tribunale non potrebbe accordar 'oro un dritto che niega la legge (1). Per lincontro i coniugi, di cui qui si tratta, possono ottenere, sia che i creditori abbiano o pur no il dritto di agire e quando il giudice lo stima conveniente, il permesso di vendere per pagare. Cotesta facoltà era necessaria nello interesse dei creditori che non hanno il dritto di agire, affinchè la moglie che non ha beni parafernali possa portare a compimento il desiderio, che essa può e deve avere, di pagare i suoi debiti o quelli dell'altro coniuge; era utile inoltre anche per quelli che hanno il dritto di agire, perchè la moglie non soffrisse le spese e la vergogna di una espropriazione. Del resto, i debiti debbono avere una data certa anteriore al matrimonio non solo, ma pure al contratto, perchè non si possa, con obbligazioni firmate nell'intervallo dal contratto alla celebrazione, scemare in nulla la dote per come era stata stabilita (*ibidem*, III);

4° Per fare le straordinarie riparazioni necessarie alla conservazione di un immobile dotale. — Per le riparazioni ordinarie, per le grandi opere di miglioramento o per altro non si potrebbe alienare (*ibid.*, IV);

5° Infine, quando l'immobile è indiviso con terza persona, ed è riconosciuto incapace di divisione. — Il tribunale dovrà in tal caso affermare se realmente l'immobile non può dividersi in natura. Esso quindi si metterà agli incanti; e se la moglie se ne renda aggiudicataria, sarà dotale per la parte che prima le apparteneva (tranne non si abbia costituito tutti i beni futuri), poichè la dote non si può accrescere durante il matrimonio (*ibid.*, V).

CXXVIII — Perchè in questi cinque casi sia valida l'alienazione, quattro condizioni si richiedono;

1° Una sentenza regolare che permetta la vendita, dichiarando che i coniugi siano in uno dei casi previsti.

(1) I creditori della moglie o del terzo che ha costituito la dote avranno dritto (se nulla dicasi nel contratto) ad agire sugl'immobili dotati della moglie? Bisogna far distinzione, pei vari creditori, fra gl'immobili costituiti dal terzo e quelli che la moglie stessa si abbia costituito.

I creditori della moglie non avranno mai azione, checchè qualche volta se ne sia detto in contrario, sugl'immobili costituiti da un terzo, i quali, entrati nel patrimonio della loro debitrice, non si possono nè alienare nè pignorare, essendo fuori commercio. Su quelli costituitisi in dote dalla stessa moglie, i creditori potranno agire in tre casi: 1° quando la moglie si abbia costituito tutti i suoi beni, poichè tutti allora rispondono delle loro passività, per cui dotale ed inalienabile sarà quel che rimane pagati i debiti; 2° quando l'immobile, prima di esser costituito, era ipotecato ai creditori; 3° quando essi creditori provassero che la costituzione sia stata fatta in frode dei loro diritti; essi però dovranno lasciar salvo l'usufrutto del marito, tranne che non provino che egli abbia avuto parte nella frode. All'infuori di questi tre casi, i creditori non possono agire, checchè dicano parecchi scrittori, poichè gl'immobili dotali appena costituiti, si reputano come se fossero stati trasferiti ad un terzo, ed escono quindi dal patrimonio libero della moglie, la quale non può affatto disporne, come nè i suoi aventi-causa.

Viceversa, i creditori del terzo che ha costituito la dote non potranno mai agire sugli immobili che la moglie stessa si abbia costituita, i quali non sono mai appartenuti al loro debitore, ma sibbene sopra quelli che il terzo le ha costituito, nei tre casi riferiti e per le medesime ragioni (art. 1558 (1371), III).

2° Bisogna inoltre che la sentenza non contenga un errore di dritto. Se l'errore fosse di fatto (per esempio se il tribunale avesse stimato grave la carcerazione del coniuge che era un'astuzia), l'acquirente non potrebbe esser molestato, poichè non egli ma la giustizia dovea verificare il fatto; ma se fosse un errore di dritto, se il tribunale avesse dichiarato esser caso di alienabilità un fatto che non lo era punto (per esempio, se avesse permesso la vendita onde evitare la carcerazione minacciata ad un coniuge, mentre lo avrebbe potuto solo per *liberarlo dal carcere*), l'acquirente, che deve conoscer la legge (*nemo jus ignorare censetur*), dovrebbe sentirne le conseguenze, ed il suo acquisto, sull'istanza della moglie o dei suoi eredi, dovrebbe dichiararsi nullo, come ha giudicato la Corte suprema.

3° Addippiù la vendita dovrà farsi colle formalità richieste, cioè dopo le pubblicazioni ed agli incanti.

4° Infine, qualunque somma ritratta dalla vendita, che non sia stata assorbita dai bisogni per cui quella fu permessa, dovrà impiegarsi nello acquisto di un immobile che sarà anche dotale ed inalienabile. La legge richiede formalmente questo reimpiego, anche per il semplice avanzo del prezzo, soddisfatti i bisogni dei coniugi; con maggior ragione, quando l'intiero prezzo rimane in potere dei coniugi, cioè nel quinto caso.

Mancandosi ad una di queste condizioni, la eccezione della legge non si potrebbe più mettere innanzi; in tal caso si venderebbe una cosa inalienabile, per cui vi sarebbe luogo all'azione revocatoria, di cui più in là parleremo (*ibid.*, VI).

CXXIX. — È un punto più delicato se la legge, permettendo di alienare gl'immobili dotali nei casi indicati, intenda implicitamente permetter anche l'ipoteca. — Spesso l'ipoteca può dar luogo ad un'alienazione a cui la moglie non avrebbe voluto consentire, e che forse potrebbe fare a vil prezzo, in momento inopportuno, ed a costo di ingenti spese. Essa adunque, sotto un riguardo, è a temersi più che l'alienazione diretta, la quale si farebbe volontariamente ed a patti favorevoli: in Roma infatti vietavasi l'ipoteca, anche quando la alienazione era permessa. Or il nostro Codice proibisce in pria formalmente e separatamente l'ipoteca e l'alienazione, e parla poi solo dell'alienazione nelle disposizioni in cui deroga a quel divieto; non si deve da ciò inferire che il legislatore non abbia voluto affatto interdire la ipoteca? . . . . . Per ingegnose che siano queste ragioni, pure noi siam convinti del contrario.

E in prima si osservi che la legge non accorda direttamente ai coniugi il permesso di alienare, ma autorizza solo i giudici a permettere l'alienazione, quando lo credano conveniente. Or come si potrebbe ammettere che la legge abbia mai inteso negare ai giudici di consentire anche, secondo le circostanze, una ipoteca, che potrebbe alle volte recar più vantaggio alla famiglia che l'alienazione? — Nè basta. Se la legge non comprende l'ipoteca coll'alienazione nelle disposizioni di cui trattiamo, molto meno la comprenderebbe in quella in cui permette ai coniugi di stipulare la alienabilità dello immobile dotale, la quale è espressa nel medesimo modo. Ma come dire che nel contratto di matrimonio, così specialmente favorito, si dovrebbe dichiarar nulla la clausola con cui i coniugi si riservassero il dritto d'ipotecare gl'immobili dotali?

Invano si risponderebbe che la riserva di ipotecare i beni dotali non si può stipulare secondo l'articolo 1557 (1370), bensì secondo l'articolo 1387 (1341). Cotesta idea, benchè professata da molte decisioni e scrittori, è nondimeno erronea, poichè l'art. 1387 (1341) rimandando all'art. 1388 (1342), restringe la libertà delle convenzioni matrimoniali, vietando espressamente di *derogare alle disposizioni proibitive del Codice*; sicchè esso, anzichè derogarvi, conferma il divieto. Dobbiamo adunque dire che la legge nelle eccezioni al divieto di alienare comprenda anche implicitamente quello di ipotecare.

Da ultimo l'art. 7 (11) del Codice di commercio pruova ciò ad evidenza, poi-

chè dice che gli immobili dotali possono alienarsi od *ipotecarsi nei casi stabiliti dal Codice Napoleone* (articolo 1556-IV, 1557-I (1360-1370)).

CXXX. — La permuta è l'ultimo dei casi per cui la legge stabilisce direttamente una eccezione al principio della inalienabilità. Qui non fa mestieri che vi sia necessità di alienare; purchè sia utile sostituire all'immobile dotale un altro parimente dotale. Bisogna inoltre che l'immobile che si acquista valga almeno i quattro quinti del valore dell'altro; il che dovrà comprovarsi da periti nominati d' ufficio dal tribunale, il quale deve verificare se sia utile il negozio, pria di permetterlo.

Se l'immobile acquistato in permuta valga meno di quello della moglie, il danaro che riceve costei deve impiegarsi nello acquisto di un immobile parimente dotale ed inalienabile ; se invece l' immobile acquistato valesse più di quello alienato , non sarebbe dotale per lo intero (tranne che non si abbia la moglie costituito i beni futuri) come sopra abbiam detto per il caso di aggiudicazione (art. 1559 (1372)).

CXXXI. — Son queste le eccezioni al principio della inalienabilità stabilite dal Codice; ma i coniugi sono liberi di derogarvi intieramente, stipulando nel loro contratto il dritto di potere alienare tutti gl' immobili dotali. Potranno essi restringere od elargare la clausola d'alienabilità, riservandosi la tale specie di alienazione (e lasciando le altre sotto al divieto della legge) o permettendole tutte; o permettendo l'alienazione puramente e senza condizione, o con condizione di un buono e valido reimpiego.

Si è chiesto se la stipulazione pura e semplice del dritto di alienare gl'immobili dotali, importi quello di ipotecarli. Vedemmo sopra che i coniugi possono riservarsi il dritto di ipotecare gl'immobili dotali, come quasi da tutti si riconosce; ma tal diritto potrebbe sorger dalla semplice dichiarazione di alienabilità? La Corte suprema si attiene al no, e giustamente, checchè ne abbia detto un dotto giureconsulto. Non già che trattandosi di regola dotale, il senso legale della parola *alienare* sia quello stretto , che esclude l' idea di ipoteca, poichè con siffatto sistema si dovrebbe dichiarare anche nulla la riserva espressa del dritto di ipotecare (e l' articolo 1387 (1341), come abbiam visto, conferma un tale risultamento) ; ma non si potrebbe dire nemmeno che la parola debba intendersi unicamente nel senso più lato, che comprende l'idea d'ipoteca, poichè la legge, stabilendo il divieto, l'adotta nel significato ristretto. Tutti e due i significati sono legali; ma siccome deve intendersi in senso stretto qualunque clausola che deroghi al dritto comune, e vi si deroga appunto quando si stipula il dritto *di alienare* o d' ipotecare , bisogna adunque interpretarla nel senso stretto ogni qualvolta i contraenti non abbiano manifestato il contrario (1557-I (1369)).

Si è inoltre domandato se la riserva del dritto di alienare gl'immobili importi anche quello di alienare i mobili.

Siccome la pretesa inalienabilità dei mobili altro non è che una incapacità personale della moglie di esercitare il dritto di disporre, che è proprio del marito, la quistione adunque sta in ciò, se la riserva di alienare gl'immobili faccia passare dal marito alla moglie il dritto di disporre dei mobili. Noi crediamo del no; poichè la regola della alienabilità degli immobili non si riferisce per nulla alla capacità rispettiva dei coniugi in quanto ai mobili. — Si è pure fatta quistione se la riserva del dritto di alienare importi quello di compromettere; ma non ci par dubbio che debba rispondersi del sì; poichè trattandosi di beni che possonsi liberamente alienare dal proprietario, non havvi ragione per cui questi non possa compromettere (*ibid.*, II).

CXXXII. — Se nel contratto di matrimonio si permetta l' alienabilità colla condizione di un reimpiego , si darà luogo a revocazione, diversamente da quel che avviene per la comunione , se non si sia fatto il rinvestimento. L' acquirente dovrà rispondere della regolarità e della utilità dello impiego.

Bisogna in prima che il reimpiego sia

regolare e fatto appunto nel modo indicato nel contratto. Così, se nel contratto si dica doversi fare in Francia, non sarebbe valido facendosi altrove, come nè se si facesse in case, mentre nel contratto dicevasi in fondi rustici. Ma se si dice solo doversi fare in immobili, esso potrà farsi anche in rendite sullo Stato o in azioni della Banca di Francia, purchè immobilizzate. — Il reimpiego inoltre deve esser utile; e siccome gli acquirenti, non ostante le più grandi precauzioni, potrebbero ben di rado esser sicuri da un regresso della moglie, perciò essi sogliono pagare dopo una sentenza che ve li condanna e che dichiara buono e valido il reimpiego.

Il reimpiego deve farsi di tutto quello che proviene dalla vendita, del prezzo principale, non che delle mancie. La moglie però deve pagare le spese del suo acquisto: è ben ragionevole infatti che essa, la quale gode di una protezione estraordinaria, sostenga quei sagrifizî che abbisognano per la conservazione del suo patrimonio (*ibid.*, III).

Il pagamento dei debiti della moglie anteriori al matrimonio non importa reimpiego, poichè questo consiste nella compra d'un nuovo immobile. Per tal caso si può senza dubbio permettere l'alienazione, la quale può aver luogo dopo le pubblicazioni ed agl'incanti, come sopra abbiam visto, e non con una vendita amichevole sotto pretesto di reimpiego, come alcune volte si è permesso dai tribunali; poichè allora non vi sarebbe un reimpiego, e si violerebbe invero il principio della inalienabilità, se si dichiarasse valida la vendita fatta all'amichevole (*ibid.*, IV).

3. Sanzione del principio dell'inalienabilità.

CXXXIII. — Se oltre gli indicati casi di eccezione, o senza adempire le condizioni o formalità richieste dalla legge o dal contratto, si alieni l'immobile dotale, la moglie potrà chiederne la restituzione. Se i coniugi siano maritati sotto la regola dotale pura, il marito, come *procurator* della moglie, potrà intentar l'azione; ella nol potrebbe, checchè ne abbia detto uno scrittore, poichè il solo marito può agire contro i detentori dei beni dotali. Se vi sia separazione di beni, il marito più nol potrebbe, poichè allora la moglie riprende l'esercizio di tutte le azioni dotali; eppure in tal caso l'azione non si potrà prescrivere, poichè l'immobile è ancora inalienabile, e la moglie non è intieramente libera nello esercizio della sua azione; la quale per lo più, come vedremo, può reagire contro il marito. Sciolto il matrimonio, l'azione si può esercitare dalla moglie o dai suoi eredi; e non essendo più dotali gl'immobili, se ne potrebbe ratificare l'alienazione, e quindi da questo tempo la prescrizione potrebbe incominciare a correre.

L'acquirente non può mai domandar la revocazione, nemmeno quando la vendita fosse stata fatta dal solo marito ed in suo nome proprio. Invano si direbbe che essendosi in tal caso venduta la cosa altrui, la vendita non solo potrebbe farsi revocare, ma è propriamente nulla ed incsistente: il marito infatti che può disporre dei mobili dotali, esercita sugli immobili poteri così estesi, che se non può dirsi, come in Roma, **dominus dotis**, nol si può riputare come un estraneo, e la legge quindi dichiara che la vendita, sia stata fatta dal solo marito o dalla moglie, o da entrambi congiuntamente, può solo farsi revocare ad istanza della moglie o dei rappresentanti di lei. In cotesto caso di revoca o rescissione di contratto, la prescrizione sarà di dieci anni e non di trenta (art. 1560 (1373) nn. I, II, e V).

CXXXIV. — I creditori del marito non potranno mai intentare l'azione revocatoria che questi esercita come *procurator* della moglie; ma la potrebbero i creditori di costei? È questo un punto assai delicato, ma noi stimiamo doversi rispondere del no. La revoca dell'alienazione dell'immobile dotale è un diritto esorbitante e sfavorevole che non deve estendersi ad altri che alle per-

sono indicate nella legge; l'esercizio di tal diritto offre una quistione d'equità che si deve risolvere dalla coscienza della moglie o dei suoi eredi : bisogna quindi che lo si consideri come esclusivamente loro personale (*ibid.*, V).

CXXXV. — Se il marito prenda parte all'alienazione, e non dichiari nell'atto che l'immobile sia dotale, dovrà rispondere dei danni-interessi in faccia all'acquirente evitto. Contro siffatta soluzione, si è preteso esser per ciò necessario che il marito abbia venduto solo ed in suo nome proprio, e che l'acquirente non avesse affatto conosciuto esser l'immobile dotale. Errore : da un lato infatti la legge, dopo aver parlato di qualunque alienazione consentita o da entrambi i coniugi o dalla moglie o dal marito solo, dichiara che questi è tenuto ai danni-interessi *se non abbia dichiarato nel contratto esser dotale l'immobile;* dall'altro sorge anche più chiaro che il legislatore si sia voluto assolutamente appigliare a quest'ultima idea, poichè per allontanar sempre più il pericolo della vendita del bene dotale, egli sostituì questa frase all'altra che prima diceva : *se l'acquirente avesse ignorato esser dotale l'immobile.* Ed in vero a che monta che il compratore abbia conosciuto esser dotale l'immobile? È questo un motivo, perchè egli debba credere i coniugi così sleali da ritirar dipoi la fede promessa? Che si possa revocare l'alienazione sia pure, poichè così impongono i principî della regola dotale; che la moglie non debba esser mai molestata, anche quando abbia promesso formalmente una garanzia, e sia, poichè era anche questa la disposizione del dritto romano, a cui non si è affatto derogato. Ma il marito, che non ha alcun diritto a tal protezione, e che, *tamquam potentior*, si reputa aver consigliato l'alienazione per vantaggiar se stesso, dovrà non solo restituire il prezzo della vendita, ma pagare i danni-interessi, ogni qualvolta abbia preso parte all'alienazione e non si sia messo al coverto con dichiarare la regola dotale.

Se la moglie possedesse ancora il prezzo che ella stessa ha impiegato, allora svanirebbe la presunzione del vantaggio ricavato dal marito; ella dovrà in tal caso restituire il prezzo (non già i danni-interessi i quali si dovranno sempre dal marito, poichè la moglie deve restare *omnino indemnis*). Ma se ella non possedesse il prezzo, ed il marito da canto suo non avesse avuto alcuna parte nella vendita, nemmeno per autorizzar la moglie, l'acquirente dovrà restituire, senza poter pretendere nè i danni-interessi nè il prezzo (*ibid.*, III e IV).

CXXXVI. — Se colui, il quale si fosse obbligato di garentire l'acquirente evitto, domandasse la revocazione, dovrebbe essa accordarsi; per esempio, se il marito, che deve l'indennizzo, fosse l'erede della moglie? Bisogna qui fare una distinzione che è stata generalmente ammessa dagli antichi scrittori. Se il marito abbia venduto in suo nome proprio o si sia formalmente reso garante, il debito di garanzia, nato nelle condizioni ordinarie del dritto comune, deve avere il suo effetto e cessa quindi la facoltà di revocare; ma nel caso contrario, l'obbligo di garanzia sarebbe una derogazione ai principî generali, e si dovrebbe quindi fare sussistere il dritto di revoca trasmesso al marito dalla moglie, come han giudicato tutte le antiche decisioni (*ibid.*, IV).

§ 2. — *Della imprescrittibilità dei beni dotali.*

CXXXVII. — I mobili dotali che possonsi sempre alienare sono del pari prescrittibili; ma gl'immobili che nel contratto sono dichiarati inalienabili, non possonsi nemmeno prescrivere, con queste differenze : 1° che la imprescrittibilità non soffre eccezione per il tale o il tal altro caso; 2° che non si applica agli immobili che erano in corso di prescrizione al tempo della celebrazione del matrimonio; 3° che essa finisce colla separazione di beni.

Cotesta ultima regola può sembrare strana : come mai la legge dà effetto allo acquisto dello immobile dotale fatto da un

terzo per il tacito o presunto consenso della moglie, mentre vieta l'alienazione che la moglie stessa consentirebbe con un atto espresso? Ma essa è ben ragionevole, poichè se l'inalienabilità si reputa principio d'ordine pubblico, non lo è meno l'acquisto per prescrizione, il quale si compie per un lungo volger di tempo, e non offre alla moglie le lusinghe del danaro: non c'era dunque perchè accordarle la medesima protezione che per l'alienazione diretta (1561 (1374)-I).

CXXXVIII.—Inoltre trattasi qui della prescrizione acquisitiva, con cui il semplice possessore ottiene la proprietà del bene dotale che possiede. In quanto alla prescrizione dell'azione rivocatoria, che può opporre colui che ha acquistato l'immobile dai coniugi, abbiam di sopra veduto che non può cominciare a correre nè prima nè dopo la separazione di beni, ma dopo lo scioglimento del matrimonio. Cotesta soluzione, consacrata dalla giurisprudenza della Corte suprema, è stata confutata con molta vivacità da un dotto e recente scrittore: ma essa è del tutto esatta, e l'argomento decisivo che si pretende dedurre dall'antico dritto, in cui si ammetteva la prescrizione dell'azione rivocatoria e quella acquisitiva, è di nessun momento. Infatti, nel mentre ammettevasi nell'antico dritto qualunque specie di prescrizione, il nostro legislatore al contrario, tenendo una via opposta, non ne avea ammesso alcuna: nella prima compilazione del Codice si escludeva, per tutto il tempo del matrimonio, qualunque prescrizione; e fu soltanto ad istanza del Tribunato che dopo si ammise per eccezione quella acquisitiva, che principia dalla separazione di beni. Or poichè per l'una si è derogato al principio, e per l'altra no, questa quindi dovrà restar sotto il divieto (*ibid.*, II).

OSSERVAZIONI PARTICOLARI

CXXXIX.—I coniugi possono combinare, come loro talenta, la regola dotale colla regola della comunione; essi possono adottar la prima in quanto alla inalienabilità degli immobili, e la comunione per tutto il resto; come pure possono stabilire la dotale come regola fondamentale della loro società, aggiungendovi una semplice comunione per gli acquisti (1581 (1394)-I).

In quest'ultimo caso, tuttochè nel contratto si lascino dotali i beni costituiti (il che importa la inalienabilità e l'imprescrittibilità degli immobili, e il dritto del marito di esercitare le azioni petitorie immobiliari), pure in generale i frutti dei beni della moglie, anche di quelli costituiti, sono comuni. Altrimenti, si dovrebbe nel contratto manifestare la volontà di lasciare al solo marito, nonostante la comunione d'acquisti, l'usufruttto della dote (1581 (1394), II e III).

Modificazioni arrecate al Codice Napoleone dalle leggi del 18 giugno e 10 luglio 1850.

CXL.—La legge dei 18 giugno 1850, che stabilisce la cassa di risparmio, perchè gli operai nella loro vecchiezza avessero delle rendite vitalizie in proporzione al valore delle somme nella cassa depositate, deroga in molti punti ai principî della nostra materia.

Nella comunione legale, che è la più frequente ad adottarsi, le somme versate dal deponente prima del suo matrimonio, dovrebbero, secondo i principî ordinarî, esser comuni, di modo che allo scioglimento della comunione spetterebbe ai due coniugi in metà, ove la moglie accetti, o al marito in intiero, ove quella rinunzi, la rendita vitalizia, od anche, dopo la morte del deponente, il capitale delle somme depositate, se siasi stabilita la restituzione. Or la legge dei 18 giugno 1850 ha disposto, senza affatto distinguere fra le regole

dai coniugi adottate, che qualunque somma depositata prima del matrimonio resterà in proprio al deponente, a cui, dopo lo scioglimento, apparterrà la intiera rendita, se sopravviva, o si restituirà ai suoi eredi il capitale delle somme depositate, se ciò si sia stipulato.

I depositi fatti durante il matrimonio, giusta i principî, dovrebbero avvantaggiare secondo i casi o il solo marito (quando si sia sotto la regola dotale o la esclusione di comunione), o il coniuge che li ha fatto (quando vi sia separazione di beni o abbia la moglie beni parafernali), o la comunione, per ritornar poi al marito, dopo lo scioglimento se rinunzi la moglie. Or la medesima legge vuole che in tutti i casi, senza affatto distinguere fra le regole adottate dai coniugi, le somme che uno di essi depositi appartenessero in proprio e separatamente per metà a ciascheduno. La legge però fa due eccezioni a questa medesima regola: 1° qualunque deposito posteriore alla sentenza di separazione di persona o di beni, vantaggerà esclusivamente il coniuge che lo fa; 2° se uno dei coniugi sia assente o lontano per più d'un anno, l'altro coniuge può farsi autorizzare con una sentenza del giudice di pace, o in appello, del tribunale civile che giudichi in camera di consiglio, a prendere esclusivamente per se il beneficio dei depositi che farà (*appendice al commentario del tit.* V).

CXLI. — Cotesta legge, le cui disposizioni fan parte integrante del Codice Napoleone, ha per doppio fine: 1° di procurare ai coniugi, e specialmente ai figli dopo la loro morte, il mezzo di trovar facilmente il contratto di matrimonio; 2° di salvare i terzi dal pericolo di contrarre con una moglie sotto la regola dotale, e che si dia a credere come maritata senza contratto e quindi in comunione.

Da un lato infatti la legge richiede che il notaio, il quale stenda un contratto di matrimonio, debba rilasciare ai coniugi il notamento dei suoi nomi, del luogo della sua residenza, dei nomi, delle qualità e del domicilio dei coniugi, della data del contratto, colla indicazione di doversi consegnare all'ufficiale dello stato civile prima della celebrazione. Il notaio inoltre, pena 10 fr. d'ammenda, deve loro far lettura della disposizione che impone tali provvedimenti, facendo menzione di tale lettura nel contratto di matrimonio. Al tempo della celebrazione l'ufficiale pubblico deve pure alla sua volta interpellare i coniugi e coloro che l'autorizzano al matrimonio, se presenti, chè dichiarino se abbiano fatto un contratto, e nell'affermativa, la data, i nomi e la residenza del notaro... L'ufficiale dovrà enunciare nell'atto la dichiarazione, pena l'ammenda stabilita dall'articolo 50 (52) del Codice Napoleone.

Se non si sia fatta la dichiarazione, o inesattamente, non solo le parti interessate, ma ben anche il procuratore imperiale potrà d'ufficio domandar che l'atto sia su tal punto rettificato.

D'altro lato, se nell'atto di celebrazione si dica che la moglie sia maritata *senza contratto*, e se ella (o il marito in nome di lei) nell'atto che sarebbe con un terzo non faccia una dichiarazione con cui smentisca quella dell'atto di celebrazione, sarà reputata, in faccia al terzo e per rispetto al contratto che ha avuto luogo con lui, capace di alienare, ipotecare ed obbligare i suoi beni, come se maritata sotto la comunione legale (art. 1391 (1345 M), numero VI).

TITOLO VI.

Della vendita.

(Decretato il 6 marzo 1804. — Promulgato il 16).

Il Codice, stabiliti nei titoli III e IV i principî comuni alle varie obbligazioni, passando dal generale al particolare, trattò nel titolo V del contratto di matrimonio il più interessante tra tutti; nel VI ora di quello di vendita ch'è il più frequente.

Questo titolo dividesi in otto capitoli, che trattano; il 1° della natura e la forma della vendita; il 2° di quei che posson comprare o vendere; il 3° delle cose che si posson vendere; il 4° delle obbligazioni del venditore; il 5° di quelle del compratore; il 6° delle due cause speciali di scioglimento: la stipulazione di ricompra, e la viltà del prezzo; il 7° della licitazione o vendita della cosa comune a molti; l'ultimo della vendita delle cose incorporali.

CAPITOLO PRIMO.

DELLA NATURA E DELLA FORMA DELLA VENDITA.

1582 (1427). — La vendita è una convenzione colla quale uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo.

Può farsi con atto autentico, o con iscrittura privata.

1583 (1428). — È perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che siasi convenuto della cosa e del prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa nè pagato il prezzo.*

*R. — 15 settembre 1821. — Ordina che nelle alienazioni de' beni delle corporazioni religiose, in vece del parere dell'ordinario, si senta il parere del giudice di monarchia.

D. — 5 aprile 1824. — 1. Dalla data del presente decreto le vendite dei beni dello Stato di dotazione della cassa di ammortizzazione, e quelli che vi sono stati posteriormente aggregati delle altre soppresse amministrazioni, potranno essere eseguite o in rendite inscritte sul gran libro, o in danaro contante: in questo secondo caso le vendite saranno fatte a ragione del 5 per cento, ed il danaro dovrà esser pagato condizionatamente per invertirsi in acquisto di rendite sul gran libro. — 2. In vece de' tre dati prescritti nell'articolo 3 del decreto de' 28 di maggio 1816 saranno nella fissazione del prezzo di ciascuna vendita tenuti presenti due soli dati, cioè l'affitto attuale ed il precedente: il più forte servirà di base alla vendita. — 3. Nel riscatto o alienazione de' canoni, censi o altre prestazioni che sieno dovute in derrate, come ancora nella vendita de' fondi il cui estaglio sia convenuto in generi, il prezzo sarà determinato sul calcolo del prezzo delle derrate corso per lo spazio di dieci annate, dalle quali fatta deduzione delle due più forti e delle due più scarse, si prenderà per base del riscatto o vendita il prezzo medio, o sia conservato delle sei rimanenti annate. — 4. Le alienazioni dei fondi rustici dello Stato, in qualunque provincia sieno essi situati avranno luogo colla deduzione dell'intero peso fondiario. E perchè questa operazione non ritardi la confezione de' contratti, nè alteri in menoma parte il sistema fondiario, vogliamo che sia praticata col togliersi dal prezzo fissato per ciascuna vendita il quinto, o sia il venti per cento. — 5. Il nostro consigliere ministro di Stato ministro segretario di Stato delle finanze è autorizzato, dietro rapporti della Cassa di ammortizzazione, ad accordare a' compratori delle dilazioni per lo versamento delle rendite o del contante. Queste dilazioni potranno estendersi fino ad anni sei, purchè si paghi prontamente un quarto del prezzo stabilito, e resti il fondo specialmente ipotecato per la rimanente quantità dovuta. — 6. La trascrizione de' contratti di compra-vendita di tali beni non sarà più necessaria, come lo era in virtù del real decreto de' 30 dicembre 1819, ma sarà ad arbitrio delle parti interessate secondo le leggi. — 7. Le facilitazioni accordate co' precedenti articoli 1, 2, 3, 4, 5; non sono applicabili alle vendite de' beni degli stabilimenti di beneficenza e corporazioni pie laicali, per le quali vogliamo, che

SOMMARIO.

I. La vendita oggi è un contratto con cui si trasferisce la proprietà: errore di Toullier
II. Essa produce il trasferimento immediato della proprietà, e non il solo obbligo di trasferirla, salve alcune eccezioni.
III. Rimando per la restrizione dell'articolo 1583 (1428).
IV. Differenza fra la vendita e la dazione in pagamento. — Della convenzione che dicesi moatra.
V. La scrittura è richiesta per la pruova. La convenzione accessoria fatta in atto posteriore non sospende gli effetti della vendita.

si rimangono nella piena loro osservanza i regolamenti in vigore, accordandosi soltanto ai compratori la facoltà della trascrizione volontaria, com'è detto nell'articolo precedente. — 8. Tutti i nostri reali decreti, ministeriali e istruzioni concernenti la vendita de' beni fondi, o affranco de' censi, saranno esattamente osservati in quelle parti che dall'attual decreto non sono state espressamente derogate.

R. — 10 aprile 1824. —Permette stipularsi un solo contratto nella vendita cumulativa di più fondi fatta ad un solo compratore, quando tali beni appartengano ad uno stesso stabilimento o corporazione, e siano situati nella stessa provincia per qualunque somma essi si valuteranno.

R. — 29 aprile 1826. — Nelle vendite di beni appartenenti a corporazioni ecclesiastiche, beneficenze, badie e mense vescovili debbano le subaste aver luogo presso i tribunali civili.

M. — 3 gennaro 1829. — I contratti per vendite o cessioni di credito passati innanzi notaio debbono essere stipulati in minuta e non già in brevetto.

D. — 26 agosto 1830. — La massa dei beni dello Stato esposti in vendita col pagamento del prezzo in rendite inscritte sul Gran Libro, è aumentata di tutti i beni appartenenti a' pubblici stabilimenti e corporazioni qualunque dipendenti dal Governo.— 2. Sono eccettuati soltanto i beni di natura ecclesiastica, o appartenenti al patrimonio regolare.— 3. L'affranco dei canoni che si corrispondono ai detti stabilimenti, ed anche ai comuni, sarà permesso contro rendite inscritte, egualmente che i canoni che si corrispondono alla cassa di ammortizzazione e pubblico demanio. — La facoltà dell'affranco dei canoni è data ancora al terzo, prima però interpellato il rendente diretto se voglia esser preferito. — 4. Per le condizioni e formalità delle vendite di tutti i suddetti beni, e dello affranco dei canoni, sono confermate tutte le prescrizioni e facilitazioni accordate co' regolamenti vigenti e principalmente col nostro real decreto del dì 5 di aprile 1824. Nondimeno in ampliazione delle disposizioni contenute in detto decreto, il calcolo della rendita del fondo potrà essere fatto sulla unione dei due dati dell'affitto corrente e precedente, divisi per metà, o potrà esserne dedotta la fondiaria eguale a quella che realmente si paga. Nessuna dispensa però sarà accordata alle subaste volute dalla legge. — 5. A misura che si eseguiranno delle vendite o affranchi di canoni appartenenti agli stabilimenti pubblici, o ai comuni, sarà loro rispettivamente intestata sul gran libro la rendita inscritta corrispondente. — 6. È confermato di non potersi distrarre le rendite inscritte appartenenti ai comuni ed ai pubblici stabilimenti, senza precedente autorizzazione.

D. — 28 maggio 1832. — 1° A contare dalla pubblicazione del presente decreto tutte le alienazioni dei predi urbani che andranno a farsi per mezzo della Cassa di ammortizzazione, non dovranno altrimenti essere eseguite che colle regolari sessioni d'incanto, nello stesso modo che si pratica pei fondi rustici; e ciò tanto se i suddetti predi urbani appartengono a pubblici stabilimenti ed a luoghi pii laicali, quanto se siano di pertinenza dell'amministrazione suddetta della Cassa di ammortizzazione del Banco delle due Sicilie, e di qualsivoglia altra amministrazione finanziera. — 2° Le presenti disposizioni avranno del pari il loro vigore per tutte le offerte di compra di fondi urbani presentate dopo del dì 3 di novembre 1831 data della nostra sovrana risoluzione, e laddove per siffatte offerte solamente gli oblatori dissentissero, saranno loro restituiti i depositi.

D. — 1. dicembre 1833. — 1° Non saranno valide senza la nostra sovrana approvazione le permute, le censuazioni e qualunque altra alienazione di beni immobili appartenenti a corporazioni ecclesiastiche, a mense vescovili, a badie ed a beneficî. Lo stesso dee aver luogo per le transazioni delle dette chiese o dei luoghi pii succennati. — 2° Prima di rassegnarsi l'affare alla nostra sovrana approvazione, dovrà formarsi il progetto del contratto dal Corpo ecclesiastico radunato nelle legittime forme; o, trattandosi di beneficî soggetti a patronato, dovrà precedere l'assenso del patrono, ed al progetto stesso dovrà, previo l'avviso dell'ordinario diocesano, impartirsi l'omologazione dal tribunale civile della provincia, ove sono siti i beni, e darsi il parere dalla Consulta dei reali domini. — 3° Presso i tribunali civili, prima d'impartirsi la omologazione al progetto, dovranno eseguirsi le subaste colle formalità prescritte dalle *leggi di procedura nei giudizi civili* per la vendita dei beni immobili dei minori, e salvi gli additamenti di decima e di sesta, che dovranno esser preceduti da nuovi manifesti, coll'intervallo di cinque giorni prima di celebrarsi la subasta in grado dei detti additamenti. Nelle subaste dovrà sempre apporsi la espressa riserva di non produrre verun effetto, se non quando vi accederà la nostra approvazione e qualora a Noi piacerà di accordarla. Dalla formalità delle subaste saranno esenti le transazioni e le permute. — 4° Ci riserbiamo in qualche caso di urgenza o di evidente utilità di dispensare nelle alienazioni dei beni ecclesiastici alla formalità delle subaste, in vista del parere favorevole dato all'unanimità dalla Consulta

I. — La vendita non è stata ben definita dall' articolo 1582 (1427), d' onde saremmo tratti in errore senza la spiegazione degli articoli 1583 e 1138 (1428

ei reali dominî, ed inteso il nostro Consiglio ordinario di Stato. — 5° Le stesse disposizioni, eccetto quelle che riguardano la formalità delle subaste, dovranno eseguirsi nel reimpiego dei capitali che si restituiscono dai debitori delle dette chiese e corporazioni religiose, quando eccedono la somma dei ducati mille. Per quelli capitali che sono al di sotto di questa somma, dopo la deliberazione del Corpo ecclesiastico presa nelle legittime forme, e l'approvazione dell'ordinario, dovrà dimandarsi la nostra sovrana autorizzazione, che ci riserbiamo di accordare dietro il parere della Consulta dei nostri reali dominî al di là del Faro. I debitori però nel pagamento dei capitali di qualunque somma dovranno apporre la condizione del reimpiego, sotto pena di doppio pagamento a favore del corpo morale creditore. — 6° Nei nostri reali dominî al di là del Faro resta nel suo pieno vigore il sovrano rescritto del 5 settembre 1821, con cui fu risoluto che pei beni dei regolari, invece di sentirsi il parere dell' ordinario, dee sentirsi quello del giudice della regia Monarchia. — 7° Pei beni ecclesiastici di nostro regio patronato, nei suddetti reali dominî al di là del Faro debbono rimanere in vigore i sovrani stabilimenti e le osservanze che si sono finora mantenute secondo i principî e nell'interesse della suprema regalia e del regio patronato. — 8° Per le disposizioni contenute nel presente decreto non si intendono punto derogate le facoltà da Noi conferite al Conte di Siracusa nostro Luogotenente generale in Sicilia per l'approvazione delle censuazioni, permute, transazioni ed altri contratti delle corporazioni o dei titolari ecclesiastici dopo adempite le formalità prescritte dai regolamenti.

M.—18 gennaro 1834.—Ritiene che la vendita dei frutti in erba, ad onta che per essere attaccati al suolo potrebbero dirsi immobili, pure giacchè considerati da sè soli, l'oggetto della contrattazione non è che un mobile, possa effettuarsi per via di atto a brevetto, qualora non sorpassi il valore di duc. cento.

R.—27 giugno 1834.—Dichiara non doversi dare mai corso a suppliche di persone laiche contenenti dimande di alienare qualunque, sia per vendita, sia per permuta, sia per censuazione, sia per transazione dei beni ecclesiastici appartenenti tanto al clero secolare quanto al regolare, ma unicamente a quelle delle corporazioni e titolari ecclesiastici ai quali i beni appartengono nei sensi e con le forme del decreto del 1° dicembre 1833.

R. — 24 settembre 1839. — S. M. si è degnata dichiarare che nel rendere il decreto del 1° dicembre 1833 per le alienazioni, e per le locazioni dei beni appartenenti agli ecclesiastici, la di cui proprietà debba esser sacra ed inviolabile, non ha fatto, che per mezzo di forme e procedure civili tutelare sempre più la salvezza e la integrità di tali beni, confermando tutte le preesistenti disposizioni sovrane all'oggetto, e che erano state da antichissimo tempo costantemente osservate per lo addietro, e procurare ancora novelli favori e nuove cautele alla proprietà ecclesiastica. Che per costante sistema confermato con reale rescritto circolare del 27 di giugno 1834, e di cui S. M. ordina ed inculca la esatta osservanza, non procedendosi a locazioni ed alienazioni ad istanza dei laici e secolari sopra beni ecclesiastici, ma solamente a petizione, e nell'esclusivo interesse dei possessori ecclesiastici, non ha la M. S. dubitato che questi non si fossero posti in regola nelle prescrizioni canoniche nei casi in cui è richiesto il beneplacito apostolico. e tanto meno che i vescovi ai quali incumbe, consultati sull' affare potessero dar parere affermativo, laddove le parti ecclesiastiche non avessero preventivamente adempito a tale dovere prescritto dai sacri canoni: dovere che anche S. M. vuole e comanda che sia da esse esattamente osservato.

D. — 31 agosto 1842. — 1° Saranno celebrate le subaste ai termini del sopraccitato decreto del 1° dicembre 1833, ogni qualvolta vorranno cambiarsi beni ecclesiastici con rendita iscritta sul Gran Libro del debito pubblico consolidato nel modo stesso come si celebrano pei contratti di compravendita dei beni medesimi.

D. — 18 luglio 1844. — 1. Le norme poste dai decreti 28 maggio, 25 giugno, 6 e 7 nov. 1816, 2 marzo, 3 luglio, 31 agosto 1818 e 6 apr. 1824, relativamente alla vendita dei beni e dei censi pertinenti allo Stato ed agli stabilimenti di beneficenza e di educazione, sono abolite. — 2. Confermato il divieto della francazione dei canoni provegnenti dai beni ecclesiastici, e serbate tutte le altre disposizioni del decreto dei 18 settembre 1816, sono del pari abolite quelle contenute negli art. 5, 6, e 10 del medesimo. Conseguentemente ristretta la facoltà della francazione dei canoni unicamente ai debitori di essi; quante volte questi vorranno giovarsene, nol potranno altrimenti, che con la cessione d' una equivalente rendita iscritta sul Gran Libro, e col pagamento in numerario d' un capitale calcolato sulla stessa rendita alla ragione del 4 per 100, a favore dei rispettivi creditori, ed a scelta dei medesimi. — 3. Ove i canoni in tutto o in parte sieno convenuti in derrate, il valore di esse sarà ragguagliato al loro prezzo medio, risultante dallo ammontare dei prezzi avuti nel decennio precedente alla francazione. — 4. I luoghi pii e gli stabilimenti pubblici nel termine di due mesi dal dì in cui verrà loro intimato un atto dell'impresa francazione, dovranno dichiarare a quale dei due modi voluti per l'articolo secondo del presente nostro real d. vorranno dar la preferenza, il che trasandato, sarà a scelta dei debitori il valersi di quello che tornerà più loro a grado. — 5. La permuta dei capitali irrepetibili in annua rendita inscritta, dedotto il decimo, conformemente al real decreto dei 16 dicembre 1828, continuerà ad esser permessa ai soli debitori dei medesimi, rimanendo ad elezione dei creditori il consentirle od aversene il capitale in numerario alla ragione del quattro per cento.

D. — 8 giugno 1845 — 1. La commutazione della decima annuale e perpetua di generi in canone pecuniario annuale e perpetuo non può, per le corporazioni ecclesiastiche, aver luogo altrimenti che

e' 1092). — In Roma e nel nostro antico dritto dovea soltanto il venditore procurare al compratore il libero godimento e non la proprietà della cosa : *ut rem ea-*

ai termini del decreto del 1 dicembre 1833, e colle regole in esso prescritte.

D. — 21 novembre 1846. — 1. Nelle alienazioni di rendita qualunque dovuta a corpi ecclesiastici, sia di antica o di recente data, dovrà impartirsi la omologazione del tribunale civile della provincia, e procedersi pel susseguente necessario reimpiego colle solennità prescritte dal Real Decreto del 1 dicembre 1833: salvo ai superiori degli ordini religiosi e corpi ecclesiastici la facoltà di vendere nei modi stabiliti dalle costituzioni e dai regolamenti rispettivi ogni altro bene mobile. — 2. Ci riserbiamo, sempre che per circostanze particolari se ne riconosca l'utilità, di dispensare alla formalità delle subaste, come per le alienazioni degli immobili. — 3. Nelle alienazioni di rendite costituite di antica origine, e gravate di ipoteche, laddove il prezzo s'impieghi a mutuo, il diritto dei creditori ipotecari potrà, se v' ha luogo, commutarsi in dritto di pegno, con apporsene espressa dichiarazione nell' atto costitutivo del novello impiego.

D. — 16 febbraro 1852. — Considerando che dopo la istituzione del Gran Libro del debito pubblico di Sicilia è opera di bene intesa economia di rimettere in circolazione i capitali ivi versati, indirizzandoli ad animare le industrie agricole su le quali principalmente riposa la prosperità e la floridezza di quella parte de' nostri reali domini;

Considerando che conferisce potentemente a questo scopo il porre in vendita i beni d'ogni natura appartenenti al demanio pubblico, ai pubblici stabilimenti, ai luoghi pii laicali, e alle corporazioni tutte dipendenti dal governo, esclusi quelli di natura ecclesiastica, o pertinenti al patrimonio regolare non che quelli de' comuni, e il dar modo a' possessori di fondi redditizi ai corpi anzidetti di affrancare le loro proprietà dai vincoli, che ne inceppano il libero movimento;

Considerando che mentre ne vantaggia l'agricoltura e la produzione territoriale, ne han pure notabile utilità i corpi anzidetti semplificandosi la loro amministrazione, e convertendosi in rendite certe e invariabili le loro entrate attualmente esposte a tutte le vicende, cure, spese e deteriorazioni, cui vanno d'ordinario soggetti i beni posti in mani amministrative;

Veduti i reali decreti emanati sulla materia in questa parte dei reali domini, i cui benefici effetti vogliamo render comuni alla Sicilia;

Veduti i rapporti del tenente generale duca di Taormina comandante in capo il primo corpo di esercito funzionante da nostro luogotenente generale in Sicilia;

Veduto il parere della Consulta di Sicilia;

Sulla proposizione del ministro segretario di Stato per gli affari di Sicilia presso la nostra real Persona;

Udito il nostro consiglio ordinario di Stato;

Abbiamo risoluto di decretare, e decretiamo quanto segue:

Art. 1. Tutti i beni d'ogni natura del demanio pubblico, de' pubblici stabilimenti, e quelli de' luoghi pii laicali, e di ogni altro stabilimento dipendente dal real Governo, esclusi i beni di natura ecclesiastica o appartenenti al patrimonio regolare, non che de' Comuni, sono alienabili a' pubblici incanti, salvo per le affrancazioni il disposto dell'articolo 8° permutandone la rendita attuale a equivalente rendita iscritta sul gran libro del debito pubblico di Sicilia.

Art. 2. Per rendita attuale de' beni esposti alla vendita o all'affrancazione, trattandosi di canoni, censi, rendite, soggiogazioni, ed altre prestazioni in danaro, s'intende quella di cui sono in attuale percezione i corpi anzidetti, dedotta la *ritenzione* legale.

Per le prestazioni in derrate, l' annuo *reddito* netto della ritenuta legale, risultante *dal termine* medio del coacervo del prezzo delle *derrate del*-l'ultimo decennio.

E per li fondi rustici ed urbani, l'annuo reddito risultante da' seguenti tre dati: l' imponibile fondiario, il penultimo affitto, ed il corrente, dovendosi prendere il dato più forte. Sarà dedotta la fondiaria, e per li fondi urbani si farà una seconda deduzione del sei per cento per la manutenzione.

In difetto di alcuno de' superiori tre dati, o per altro grave motivo, potrà il prezzo stabilirsi a giudizio di periti a solo fine di aumentarlo.

Art. 3. Il prezzo de' beni esposti alla vendita, o alla affrancazione avendo per base la rendita attuale, i fondi saranno venduti nello stato in cui si trovano, e con tutte le servitù prediali a cui possono andar soggetti.

Per gli altri diritti de' terzi sui beni anzidetti sarà aperto un termine ai reclami.

I diritti certi liquidi, o in qualunque modo prontamente valutabili, si convertiranno sul prezzo, ed il loro importare sarà pagato in contanti nel modo che sarà prescritto nell'art. 7.

Per li diritti non liquidabili prontamente, o indeterminati, o eventuali, o in qualunque modo litigiosi si sospenderanno le vendite e le affrancazioni, finchè non potrà effettuarsi la loro conversione sul prezzo.

Sul merito de' diritti litigiosi pronuncieranno i magistrati competenti.

Art. 4. Le operazioni preliminari della vendita e dell'affrancazione sono affidate agl'Intendenti delle rispettive province ove esistono i beni.

L'intendente o direttamente, o invitandone altro intendente, se il corpo proprietario, i di cui beni sono situati nella sua provincia non dipende da lui, richiameranno dagli amministratori del corpo anzidetto gli stati de' beni esposti alla vendita, o all'affrancazione con tutti gli elementi del loro valore. Quindi fisseranno il prezzo venale, ossia la rendita attuale da permutarsi in rendita iscritta sul gran libro, e ne faranno le pubblicazioni ne' giornali.

Art. 5. Il compimento delle affrancazioni e delle vendite è in ogni provincia affidato ad una commessione composta dall' intendente, che farà da presidente, dal direttore provinciale dei rami e dritti diversi, dal procuratore regio presso il tri-

ptori habere liceat, *non etiam ut eius faciat* (Dig. L. 19, t. 1, l. 30, § 1). Poteva certamente stipularsi in Roma un contratto in cui l'una delle parti, per prezzo

bunale civile, dal vicario diocesano, e in sua mancanza da un consigliere del consiglio degli ospizi, e finalmente da un consigliere il più anziano in ordine di nomina.

Un capo d'ufficio dell'intendenza funzionerà da cancelliere.

La competenza della commessione sarà sempre regolata dal luogo ove esistono i beni.

La commessione presiederà alle subaste, redigerà per mezzo del cancelliere i verbali di aggiudicazione o di affrancazione, e pronuncierà inappellabilmente su le controversie che potranno insorgere.

La commessione sarà pure competente a giudicare inappellabilmente de' reclami di diritti non litigiosi, nel senso cioè o di convertirli sul prezzo se siano liquidi, o prontamente liquidabili, o di sospendere la vendita, o l'affrancamento fino alla loro liquidazione.

La commessione sarà legalmente costituita coll'intervento di tre de' suoi componenti.

Essa potrà essere assistita dall'amministratore di quel corpo, i di cui beni sono esposti alla vendita, o all'affrancazione, il quale, quando interverrà, avrà voto consultivo e non deliberativo.

Ad evitare che tra i beni appartenenti alle opere pie laicali esposte in vendita possano frammischiarsi di quelli che sono di natura ecclesiastica, o appartenenti al patrimonio regolare, le commessioni richiederanno alla commessione consultiva di giustizia lo stato dei beni in Sicilia che sono di proprietà ecclesiastica o del patrimonio regolare, e si asterranno dalla vendita de' sopraddetti beni ancorchè sia dubbia o litigiosa la loro natura.

Art. 6. Dopo le pubblicazioni stabilite nell'articolo 4° sarà libero a chiunque di presentare nella cancelleria della commessione le offerte di compra o di affrancazione.

Le offerte di compra saranno accompagnate, a guarentia della solidità degli offerenti, dal deposito dell'estratto originale di una rendita inscritta sul gran libro di Sicilia equivalente alla vigesima parte dell'ammontare di esse offerte.

Le vendite si faranno previe le pubblicazioni nei modi e nelle forme stabilite nel regolamento che farà seguito al presente decreto.

Sarà ammesso a licitare chiunque sarà riconosciuto solvibile dalla commessione, o che della sua solvibilità dia una guarentia ad essa ben vista.

Fra tre giorni dall'aggiudicazione si potranno sperimentare i dritti di prelazione, delle persone a cui competono per legge.

Vi saranno gli additamenti di decima e di sesta anche contro il preferito, previo il deposito della somma sovraimposta.

Art. 7. L'ultimo aggiudicatario dovrà nel termine di rigore che sarà stabilito nel regolamento, adempire colla coazione personale al deposito dell'estratto originale della rendita iscritta sul gran libro del debito pubblico di Sicilia, uguale alla rendita per cui fu consumata l'ultima licitazione, accompagnato dall'atto autentico del suo consenso pel trasferimento di detta rendita inscritta in favore del corpo proprietario della cosa venduta dopo la nostra sovrana approvazione del verbale di aggiudicazione.

Ne' casi preveduti dagli articoli 3° e 5° laddove la commessione avrà convertito sul prezzo i dritti reclamati da' terzi, resterà a peso dell'aggiudicatario di adempire al pagamento in contanti della somma liquidata a favor del reclamante.

L'aggiudicatario avrà in questo caso il dritto di dedurre dall'ammontare della rendita inscritta, di cui sopra è parola, tanta porzione di essa, quanta vendendosi al corso di borsa del giorno dell'ultima licitazione, corrisponda alla somma dovuta al reclamante.

Art. 8. Non vi sarà luogo a subaste, se i debitori stessi de' canoni, censi, rendite, soggiogazioni ed altre prestazioni di qualunque natura vorranno affrancare le loro proprietà dai pesi anzidetti.

I debitori per godere di questo beneficio dovranno presentare le loro offerte nel termine di quattro mesi dal dì delle pubblicazioni stabilite nell'articolo 4°, unendovi il deposito dell'estratto originale d'una rendita iscritta sul gran libro del debito pubblico di Sicilia equivalente alla vigesima parte della rendita netta da affrancarsi.

Dopo il verbale di affrancazione redatto dalla commessione sarà l'affrancatore tenuto alle stesse obbligazioni enunciate nell'art. 7.

Scorso il termine de' quattro mesi, si darà luogo alle subaste sopra le offerte di chiunque, e resterà salvo solamente il dritto della prelazione legale ai termini dello articolo sesto.

Il beneficio dell'affrancazione a norma del presente articolo sarà comune a quelli tra' pubblici stabilimenti, o altri corpi anzidetti, che sopra i loro beni paghino dei pesi annui ad altri corpi.

Art. 9. I verbali di affrancazione o di aggiudicazione saranno sottoposti alla nostra sovrana approvazione.

Immediatamente dopo la nostra approvazione sarà intestata al corpo proprietario del fondo, canone, o altra prestazione venduta, o affrancata, la rendita iscritta sul gran libro che resterà immobilizzata ed inalienabile come per legge, col godimento del semestre che corre.

Dal principio del detto semestre spetteranno al nuovo acquirente i frutti, gli estagli e le rendite comprate o affrancate.

Saranno mantenuti gli affitti legalmente convenuti.

Se ci saranno arretri, o rata di tempo precedente dovuta al corpo proprietario dovrà l'acquirente pagargliela in contante, restando di dritto surrogato alle di lui ragioni contro i debitori.

Viceversa dovrà l'acquirente essere rimborsato dal corpo anzidetto, se vi sarà rata di tempo da questo esatta, che spetterebbe all'acquirente.

Contemporaneamente si farà il passaggio della fondiaria col rimborso rispettivo de' decorsi, o della rata di tempo, se vi sarà luogo.

Dovrà l'acquirente pagare tutte le spese, alle quali hanno dato luogo le subaste o l'affrancazione, i trasferimenti, le registrature e qualunque altra che

del danaro che pagavale l'altra, le avrebbe trasferito, o promesso di trasferire la proprietà della cosa, ma non sarebbe stato il contratto di vendita, bensì uno dei tanti i

occorrer potesse, senza che il corpo anzidetto fosse a nulla tenuto.

Non potrà ottenere il possesso del fondo, o la percezione della rendita se non giustificherà di avere adempito a tutte le obbligazioni contenute nel presente decreto.

Art. 10. Dopo la nostra sovrana approvazione ed il pieno adempimento delle obbligazioni sopra indicate, i beni-fondi, i canoni e tutte altre prestazioni vendute o affrancate resteranno scevre da qualunque dritto d'ipoteca, o di dominio, o di altra qualsiasi affezione e con perpetua sicurezza in favore degli acquirenti, salvo il disposto nell'articolo terzo.

Art. 11. La permuta de'beni e delle rendite attuali appartenenti ai luoghi pii laicali in rendite inscritte sul gran libro intendendo soprattutto a convertire le loro entrate in rendita certa ed invariabile, i pii usi, a' quali i detti beni sono obbligati, saranno religiosamente adempiti nel modo stesso di prima, e gli amministratori saranno tenuti a dare stretto conto dell' adempimento alle autorità competenti.

Art. 12. Un apposito regolamento da Noi approvato stabilirà i termini e le forme delle pubblicazioni, le pene per gli amministratori morosi agli ordini degl'Intendenti, e le formalità ed i termini da osservarsi innanzi la commessione per li reclami, e pel compimento delle aggiudicazioni e delle affrancazioni, e tutt' altro che potrà mirare allo esatto adempimento del presente decreto.

— Regolamento sovranamente approvato con real decreto del 29 marzo 1852.

D. — 4 settembre 1852. — Veduti gli art. 6 e 7 del real decreto del 16 febb. 1852 per l'affrancazione e per la vendita dei beni del pubblico demanio, degli stabilimenti pubblici e dei luoghi pii laicali, e gli art. 22 e 24 del regolamento approvato con l'altro decreto del 20 marzo dello stesso anno. Volendo sempre più facilitare la presentazione delle offerte per l'affrancazione e per la vendita di tali beni. Abbiamo risoluto, ec.

1° Gli offerenti per compre di beni, o per affrancazioni, dei quali trattano gli art. 6 e 8 del real decreto dei 16 febbraro, e l'art. 12 del regolamento sovranamente approvato col decreto del 29 marzo 1852, sono anche abilitati a presentare le loro offerte accompagnandole con un legale documento che attesti il deposito fattosi in contanti in una cassa pubblica della vigesima parte dell'ammontare di esse offerte. In Messina ed in Palermo ove esistono casse di Corte del banco regio, i depositi anzidetti saranno fatti in polizze di banco, le quali saranno unite alle offerte. — 2° La restituzione dei depositi, ove ne sia luogo, tanto nel caso contemplato nell'articolo precedente, quanto nei casi preveduti dagli art. 22 e 24 del regolamento dei 29 marzo 1852, sarà fatta con ordinativi della commessione delle vendite di ciascuna provincia, e gli agenti della percezione, a vista di detti ordinativi, e senz'altra formalità, eseguiranno il pagamento delle somme presso loro versate a preferenza di ogni altro esito sui fondi che per qualsivoglia ramo trovansi presso i medesimi.

D. — 29 gennaro 1853. — Veduto l'art. 9 del real decreto del 16 febbr. 1852 con cui è prescritto che i verbali di affrancazione, o di aggiudicazione per l' alienazione dei beni del demanio pubblico, dei pubblici stabilimenti e dei luoghi pii laicali saranno muniti della nostra sovrana approvazione. Volendo sempreppiù facilitare e rendere più celere il compimento delle operazioni necessarie per mettere in atto i provvedimenti da noi sanzionati col citato decreto e col regolamento approvato con l'altro real decreto del 29 marzo dello stesso anno. Abbiamo risoluto, ec.

1° Il nostro luogotenente generale in Sicilia è per nostra speciale delegazione autorizzato ad approvare nel nostro real Nome i verbali di aggiudicazione ed affrancazione, che nei termini dei citati reali decreti dei 16 febbraro e 29 marzo 1852 saranno espletati dalle commissioni create per l'oggetto in ciascuna provincia di quella parte dei nostri reali dominî.

D. — 18 febbraro 1853. — Veduto l'art. 4 del real decreto dei 16 febbraro 1852 col quale fu prescritto che gli stati dei beni del demanio pubblico, dei pubblici stabilimenti, dei luoghi pii laicali e di ogni altro stabilimento dal real governo esposti alla vendita o all'affrancazione, fossero pubblicati nei giornali. Veduto l' art. 8 dello stesso decreto con cui fu assegnato il termine di quattro mesi dal dì della pubblicazione degli anzidetti stati per potersi presentare dai debitori di canoni, censi, rendite, soggiogazioni, ed altre prestazioni di qualunque natura, le offerte di affrancazioni senza darsi luogo a subaste. Tenuto presente che molti debitori compresi negli stati già pubblicati non han potuto esercitare il dritto della affrancazione per essere scaduti i 4 mesi loro assegnati dal detto art. 8 del decreto. Volendo accordare delle maggiori agevolezze, non che ai sopraddetti debitori, ma a tutti gli altri eziandio compresi in detti stati che trovansi in atto pubblicati. Veduto il rapporto, ecc.

1° È accordata ai debitori di canoni, censi, rendite, soggiogazioni ed altre prestazioni di qualunque natura del demanio pubblico, dei pubblici stabilimenti e dei luoghi pii laicali, pei quali è già trascorso il beneficio del termine di quattro mesi assegnati dall'anzidetto art. 8 del real decreto del 16 febbraro 1852, una proroga di altri sei mesi per presentare le offerte di affrancazione: la stessa proroga di sei mesi è anche concessa a quei debitori compresi negli stati pubblicati che trovansi godendo del beneficio di 4 mesi, qualunque fosse il periodo finora trascorso.

Massime della C. S. di Napoli:

— Non si richiede la scrittura per la compravendita, se non per la pruova di essa, e quindi si può dimostrare con ogni mezzo permesso dalla legge. 30 genn. 1823.

— Non è nullo un contratto di compra-vendita perchè in esso non si è espressamente detto di vendersi la cosa, ma si sono usate espressioni equipollenti. 30 marzo 1824.

— Non merita censura la decisione che, tali

ui la legislazione non avea dato apposito ome, e che dicevansi *contratti innominati*: n quanto alla vendita essa obbligava il ven- ditore a dare il libero possesso dei beni al ompratore. Se dovessimo senz' altro atte- nerci all'art. 1582 (1427), potremmo cre- dere ch'esso sanzioni l'antica natura della vendita, poichè la definisce una convenzione con cui l'uno *si obbliga a rilasciare una cosa*; difatti Toullier (XIV, 240) ammette qui un semplice dritto di godimento e di possesso.

Ma ciò è erroneo. Questa antica natura del contratto di vendita, censurata da molti scrittori francesi (1), è stata respinta dal Codice: oggigiorno la proprietà della cosa venduta si trasmette col contratto di ven- dita; nè i lavori preparatori del Codice, nè il suo testo ne fan dubitare. È stato detto e ridetto da un lato, quando com- pilavasi il Codice, *essèr oggi la trasmis- sione della proprietà l'oggetto della ven- dità, essere ciò l'unico fine del contratto* (Fenet, XIV, p. 157, 192, ec.). D'altra parte si sa che il Codice intende general- mente per obbligazione di *rilasciare*, quella di *trasmettere la proprietà*, siccome lo mo- stra l'articolo 1138 (1092), il quale dopo aver detto che ogni obbligazione di rila- sciare è perfetta col solo consenso, ag- giunge, come conseguenza, *ch'essa rende il creditore proprietario* della cosa tosto che questa gli è consegnata. È questo il senso dell'art. 1582 (1427); infatti il seguente aggiunge; che appena la vendita, questa convenzione di rilasciare, si perfeziona col consenso delle parti sulla cosa ed il prez- zo, *la proprietà si acquista dal compra- tore*.

In ultimo in forza di tal nuovo principio la vendita dell'altrui cosa, valida in Roma e nel nostro antico dritto (2), è dichiarata nulla nel nostro Cod. (art. 1599 (1444)). Di fatti non era mestieri fosse proprietario il venditore, obbligato a dare al compratore il libero possesso e godimento della cosa; e questi non avea da reclamare se non molestato. Ma ora bisogna che il venditore possegga una proprietà, poichè deve tras- metterla (non si può dare quel che non si ha), e sarebbe quindi nulla la vendita dell' altrui cosa. Tutti i commentatori del Codice, non che Duvergier (I-12) continua- tore e chiosatore di Toullier, riconoscono come siensi in ciò mutati gli antichi prin- cipî.

II. — Tal prima differenza cogli antichi principî ne trae un' altra, non vista dagli scrittori, benchè indicata due volte nel Co- dice. Nell'antico dritto, quand'anche la ven- dita avesse avuto per oggetto la trasmis- sione della proprietà, non l'avrebbe sem- pre prodotto al momento e pel diretto ef- fetto del contratto, bensì mediatamente, *ex post facto*, e colla tradizione in forza del contratto; allora due cose da distinguere: 1° il contratto di vendita, da cui nasce *l'ob- bligazione* di trasmettere il dominio della cosa; 2° la tradizione, per eseguire l'ob- bligazione ed effettuire il passaggio. Sotto il Codice il contratto di vendita produce su- bito il passaggio della proprietà senza al- tro fatto posteriore.

Abbiam visto infatti, nel commentario

tando le circostanze di fatto, ritenga che un con- tratto sia pignoratizio, e non già compra vendita. 17 agosto 1850.

— Un contratto di mutuo col patto, in man- canza di restituzione nel termine convenuto, che il fondo ipotecato dovesse intendersi venduto pel valore da fissarsi da' periti eletti di consenso, non si può ritenere tramutato in compra-vendita per la sola scadenza del termine e senza il beneficio della surrogazione della mora comunque non rinunzia- ta. 4 dicembre 1852.

— Quando la proprietà della cosa venduta ri- mane presso il preteso venditore e non si è con- venuto della cosa e del prezzo, non vi ha contratto di compra-vendita, 10 giugno 1844.

Non è censurabile il giudizio dei giudici del me- rito, con che si ritenga un contratto di vendita perfetta per i suoi requisiti, e non già pegnorati- zio. 2 ott. 1832.

— La dichiarazione del venditore di aver rice- vuto il prezzo della vendita basta per la validità del contratto, quantunque la somma non si vegga espressa. 11 marzo 1852.

(1) Vedi specialmente Caillet (citato da Pothier, *Vendita*, n. 48); Denizart (t. IX, alla parola *Ga- renzia*); Argou (*Inst.*, lib. 3, cap. 23); Bourjon (t. 1, pagina 438).

(2) Dig., libro 18, t. 1, 28; Pothier (*Vendita*, n. 7).

dell'art. 1138 (1092), che ogni convenzione di trasmetter la proprietà è per il solo effetto del consenso immediatamente *perfezionata* (cioè si reputa seguita da una civile tradizione che sostituisce la materiale) e che quindi *rende proprietario il creditore subito e pria della tradizione*; e la legge applicando tal principio al contratto di vendita. ripete nell'articolo 1583 (1428): tosto che le parti convengono della cosa e del prezzo, la vendita è *perfetta* e la proprietà si acquista dal compratore, *benchè la cosa non si consegni* (1). Non bisogna adunque, come fa Duvergier (n. 17), per correggere il testo dell'art. 1582 (1427), definire la vendita un contratto con cui uno dei contraenti *si obbliga a trasmettere la proprietà d'una cosa*, sibbene un contratto con cui l'uno dei contraenti *trasmette la proprietà* d'una cosa mercè il danaro che l'altro si obbliga a pagare. Dappoichè, lo ripetiamo, per l'immediato effetto della convenzione si compie il passaggio della proprietà, di modo che non vi può essere più obbligo di effettuire quel passaggio.

D'altronde oggi il subito passaggio della proprietà è effetto normale e ordinario della vendita, ma non necessario; potendo in taluni casi eccezionali produrre immediatamente l'obbligo di rendere appresso proprietario il compratore; siccome quando 1° l'oggetto non è individualmente determinato, o il prezzo non è noto, la vendita non può esser perfetta, come vedremo nell'art. 1585 (1430); 2° quando le parti, nonostante che l'oggetto ed il prezzo sieno determinati, convengano di sospendere l'effetto del contratto, stipulando che il compratore sarà proprietario scorso un dato tempo.

III. — Sotto gli art. 1140-1141 (1094-1095) abbiamo spiegato come il principio del trasferimento della proprietà per lo effetto istantaneo del contratto sia ristretto dalle parole: la proprietà si acquista di dritto dal compratore *per rispetto al venditore*. Ivi si cennava la quistione se per il solo effetto del contratto potrebbe essere anche valido *in faccia ai terzi* il trasferimento della proprietà degli immobili, o se fosse necessario che si trascrivesse il contratto, e per ciò rimandavasi al presente titolo e a quello *delle ipoteche*: anche qui però resta in aria la quistione, come si vede nel nostro articolo 1583 (1428), la quale più in là è stata sciolta nel senso che si può trasferire assolutamente ed *erga omnes* per mezzo del solo contratto. In quanto alla proprietà dei mobili, la quale si trasmette ai terzi col solo consenso, abbiam visto parimente, che essa può prescriversi per il possesso di buona fede di un terzo, secondo l'art. 2279 (2073).

Ma non si dimentichi che ove un dritto esista e si nieghi, lo si deve provare; or gli atti sotto firma privata non hanno data certa in faccia ai terzi, sicchè l'acquirente di immobili, perchè sia del tutto garantito, deve avere un atto autentico o registrato, come quello di mobili deve avere il possesso.

IV. — Del resto, qui come sempre, la intenzione delle parti si dovrà rilevare dai termini del contratto e secondo le circostanze, per risolvere se esse abbiano fatto una vera vendita o qualche altro contratto più o meno simile e che produca i medesimi effetti (2). Così, per modo di esempio, bisogna distinguere la vendita dalla dazione in pagamento o dal prestito ad usura (*mohatra*).

La dazione in pagamento ha una grande analogia colla vendita, massime se si dà una cosa in pagamento di una determinata somma, poichè allora evvi una cosa di cui si trasferisce la proprietà ed un prezzo dovuto da chi aliena, per modo che, al pari

(1) Ciò applicasi anche ad una vendita di cosa futura. Lione, 29 maggio 1849 (Dev., 50, 2, 25). Ma perchè allora si formi il contratto, è mestieri vi sia la cosa venduta; se essa manca, sarebbe nullo il contratto per mancanza di oggetto (Lione, 18 maggio 1854; Dev., 54, 2, 426); a meno che le parti avessero inteso legarsi diffinitivamente qualunque si fosse il posteriore evento, cioè esista o no la cosa. — *Vedi* Pothier (*Della vendita*, n. 6); Toullier (VI-104 e 503); Duranton (X-301); Troplong (*Della vendita*, n. 204).

(2) *Vedi* Caen, 31 genn. 1851, e 12 febb. 1853 (J. P., 53, 2, 294 e 430).

he nella vendita, vi hanno *res*, *pretium* *t consensus*. Però il suo fine è sempre ltro, cioè la liberazione di chi aliena. Senza ubbio un debitore può consentire al suo reditore, per prezzo della cosa da lui do- uta, una vera vendita della sua cosa, di uisa che spesso non si potrà conoscere uale dei due contratti siesi voluto fare; che però non toglie che essi differi- cano l'uno dall'altro, e l'alienante nel- 'un caso dà come venditore, nell'altro come lebitore che paga il creditore. Conseguen- emente, le clausole oscure o ambigue che aella vendita debbono interpretarsi contro il venditore, s'interpreteranno in vantaggio di lui nella dazione in pagamento, poichè la liberazione è sempre degna di favore. V'ha poi un'altra differenza, cioè se l'alie- nante provi dipoi non esser dovuta la somma di cui si stimava debitore, egli sarebbe, in caso di vendita, un venditore non pagato e potrebbe quindi domandare il prezzo della vendita, mentre nel caso di dazione in pa- gamento può domandare la cosa in ispecie, poichè il detentore l'avea ricevuto qual cre- ditore, mentre tale non era, quindi in que- sto caso vi sarebbe luogo a ripetere l'in- lebito (Pothier, *Vendita*, n. 603).

La convenzione detta *mohatra*, e che altro non è che un prestito usurajo sotto a forma di due vendite dello stesso og- getto (l'una delle quali in contanti a basso prezzo, l'altra ad un prezzo maggiore e a termine) si potrà solo riconoscere dalle cir- costanze, non già dal tenore dell'atto, come a dazione in pagamento. Così, allorquando dichiaro di vendervi la mia biblioteca per 3,000 fr. da pagarmeli in un anno, e voi dopo dichiarate rivendermela per 2,000 in contanti, io vi dò oggi 2,000 fr. perchè voi me ne diate 3,000 in un anno, il che costituisce un prestito al 50 per 100 per anno. Sarà il simile se voi mi vendete la vostra biblioteca per 2,000 fr. in contanti, ed io ve la rivenda tosto per 3,000 da pa- garsi in un anno. Spesso nei movimenti del commercio, una cosa oggi comprata a vil prezzo, si rivende domani molto dip- più; ma non perciò la vendita è sleale; ma anche spesso potrebbe esservi frode; sicchè in tal caso i tribunali dovranno, secondo le circostanze, decidere se sia una vera vendita quella consentita, o un pre- stito vietato dalla legge.

V.— Il secondo ed ultimo paragrafo del- l'art. 1582 (1427) dice che la vendita può farsi con atto autentico o con iscrittura privata, purchè non ecceda la somma di 150 franchi. La legge ha voluto lasciare un contratto così frequente sotto le regole del dritto comune.

Se la vendita dunque ecceda i 150 fr., si potrà ammettere la pruova testimonia- le, e quindi le semplici presunzioni, senza che vi sia bisogno d'un atto; ma se ec- ceda una tal somma, la convenzione si do- vrebbe eseguire, qnantunque una delle par- ti, dopo averla a voce consentita, si ne- gasse poi ad adempirla (1).

Se però si fosse convenuto, in una ven- dita a voce o con iscrittura privata, di do- versi formare un atto qualunque per la pri- ma, per la seconda un atto autentico, non si potrebbe decidere in tal caso, come a torto fece la Corte di Bourges nel 1818, che la prima convenzione non abbia affatto vaglia. Sarebbe così, se si riconoscesse che le parti abbiano inteso formare un progetto che dovea diventar vendita coll'atto posteriore; ma se il pensiero principale sia stato di fare una vendita, non la si potrebbe an- nullare, perchè dipoi si dovea stender l'at- to: così in fatto la medesima Corte ha giu- dicato in parecchie decisioni più recenti (2).

1584 (1429). — La vendita può essere fatta puramente e semplicemente, o sotto condizione sospensiva o risolutiva.

Può altresì avere per oggetto due o più cose alternativamente.

In tutti gl'indicati casi, il di lei effetto è regolato dai principî generali delle con- venzioni.

(1) *Vedi* cass., 25 apr. 1853 (Dev., 53, 1, 368).
(2) Bourges, 19 agosto 1818; — Bourges, 20 agosto 1841 e 17 maggio 1842 (Dev, 42, 2, 68; 43, 2, 100).

I.—La vendita può farsi con le modalità cui vanno soggetti gli altri contratti; puramente e semplicemente, con condizioni, sia sospensive, sia risolutive, o stipulando un termine, o colla tradizione della cosa, o col pagamento del prezzo, o col trasferimento della proprietà. — Qualunque sia l'effetto della modalità, gli è sempre regolato dai principî da noi sviluppati nel commentario del titolo *dei Contratti in generale*.

Ma oltre alle varie modalità comuni a tutti i contratti, può offrir la vendita una peculiarità notevolissima nella stipulazione del dritto di elezione di un terzo. Dicesi *elezione di mandatario o dichiarazione di mandato*, l'indicazione fatta dal compratore d'un terzo che lo sostituisca, ed in modo che legalmente si reputi avere agito in nome e per conto di lui, come se avesse avuto mandato e *comando* di comprare (1). La strana clausola! cercare ed *eleggere*, dopo fatta la vendita, una persona, che intervenendo dopo si reputerebbe aver dato gli ordini, in guisa che il comprator vero sarebbe suo strumento, un mandatario a nulla personalmente obbligato, nè verso il venditore al pagamento del prezzo, nè a soddisfare i dritti del fisco. Tale stipulazione così oltre il dritto comune, non sarebbe permessa secondo i principî generali; purnondimeno ammessa sempre nell'antico dritto, è oggi sanzionata dalle leggi dei 5 dic. 1790, 13 settembre 16 ottobre 1791, 14 termid. anno IV, e 22 glaciale anno VII.

La facoltà di eleggere un terzo (o molti, di cui ciascuno sarà compratore per una parte) esiste quando è formalmente riservata nel contratto.

L'elezione può farsi tra le parti in qualunque siasi termine stabilito dalla convenzione; ma in faccia al fisco deve esser fatta con atto autentico e notificato all'amministrazione dentro le ventiquattr'ore dal contratto di vendita (II dell'anno IV e VII). L'accettazione della persona dee farsi colle condizioni della vendita primitiva; se vi fosse un mutamento, sarebbe quella una nuova vendita, il primo compratore sarebbe obbligato verso il suo venditore, siccome il nuovo con lui, e si dovrebbero pagare due dritti di mutazione. Senza che l'acquirente di nome si consideri vero compratore, potrà fare qualunque atto di godimento e di proprietà: egli si reputa farlo per la persona, e poco importa che abbia detto *per me* o per una *persona che mi riserro indicare*, o dica *per me* E *per una persona*. Benchè quest'ultima locuzione mostri l'associazione del terzo alla compra che quei fa per sè, pure intendesi per sinonima della prima; infatti si è compresa sempre in tal senso: tanto per me (in intero) se voglia serbarmi la cosa, quanto per un terzo (anche in intiero) nel contrario caso (2).

Non è elezione di una persona la compra fatta dai patrocinatori all'udienza pubblica. Allora il patrocinatore è realmente il legale mandatario del compratore, e non ha d'uopo d'una particolare riserva per poi indicare il cliente per cui ha comprato.— Per medesimezza di ragione non fa di bisogno che la sua dichiarazione, che deve farsi nei tre giorni per atto di patrocinatore sia notificata all'amministrazione (art. 709 (793 M), Cod. proc.).

1585 (1430).—Quando si tratti di mercanzie non vendute in massa, ma a peso, numero e misura, la vendita non è perfetta, in quanto che le cose vendute stanno a rischio del venditore, finchè esse non siano pesate, numerate o misurate. Il compratore però può chiederne o la consegna o i danni ed interessi, se vi è luogo, in caso d'inadempimento della obbligazione.*

(1) Lione, 14 maggio 1851 (J. P., 53, 1, 701).

(2) Fabro (lib. 4, tit. 34); Brodeau, sopra Louet (l. R, § 2); Merlin (Rep., alla parola *Vendita*); Toullier (VIII-170); Troplong (I-75).

* È perfetta la vendita a misura de' generi designati per luogo e per lo prezzo, e nella specie di frutti in erba nel senso dello art. 1430 ll. cc., talchè la proprietà della quantità venduta si trasferisce nel compratore al momento del contratto. C. S. di Napoli, 2 sett. 1847.

1586 (1431). — Se al contrario le mercanzie siano state vendute in massa, la vendita è perfetta, quantunque le mercanzie non siano per anche state pesate, numerate o misurate.

SOMMARIO

I. Distinzione fra la vendita a misura e quella in massa. La vendita si fa a misura in tre casi. Controversia.
II. Quando si fa la vendita in massa. Schiarimenti.
III. La vendita a misura non è perfetta, poichè non trasferisce la proprietà nè i rischi: errore del più degli scrittori.
IV. Essa però è efficace in quanto fa nascere obbligazioni.

I. — Le cose che possono pesarsi, numerarsi o misurarsi, si vendono in massa o a peso, numero o misura. Tal distinzione è importantissima pei varî effetti che la vendita produce nell'un caso e nell'altro; ma offre delle difficoltà e controversie per conoscere il quando si faccia in massa e quando a misura; e in quest' ultimo caso quali gli effetti che produca: determiniamo l'uno e l'altro punto.

Dicesi fatta in massa la vendita, quando: 1° le cose si vendano tutte insieme; 2° ad un solo ed unico prezzo: *Confuse et acervatim pretio insimul dicto*. Nell' ipotesi contraria è fatta a peso, a numero, o a misura, cioè quando mancano le due sopraddette condizioni, o la prima o la seconda di esse.

La vendita è a peso, numero o a misura: 1° quando le cose non vendonsi nè in massa nè ad un sol prezzo: io vi vendo a mò di esempio 100 chilog. di caffè della mia bottega a franchi 4 il chilog.; o 100 agnelli del mio gregge a franchi 25 per uno; o 100 decalitri del vino della tal botte a franchi 25 il decal. — La vendita è fatta ugualmente a peso, numero o a misura, 2° se non è uno l'oggetto, ma uno il prezzo: vi vendo io per 400 franchi 100 chilog. del mio caffè; o per 2,500 franchi 100 agnelli del mio gregge; o per 2,000 franchi 100 decalitri del vino della tale botte. Non *interest*, diceva la legge romana, *unum pretium centum metretarum insimul dictum sit*, *an in singulas eas*. (D., L. 18, t. I, 35, § 7). — Sarà anche così, 3° quando non è uno il prezzo benchè le cose siano indicate in massa: vi vendo parte del caffè che ho in questa bottega a 4 franchi il chilog., o il mio gregge a 25 franchi l'agnello, o la tal botte di vino a 20 franchi il decalitro.

Vero che qualche volta si è ciò riguardato come vendita in massa, di cosa certa e determinata, sol perchè le cose erano indicate in massa (1); ma ciò non è da ammettersi. Anche dal testo dei nostri articoli respingesi tal idea, opponendo alla vendita in massa quella a peso, numero o misura, poichè si vende in cotesto modo quando dicesi a tanto il chilog., o per capo di armento, o per litro. Giusta i nostri articoli è d'altro lato perfetta o no la vendita secondo che sia o pur no vendita in massa; per l'art. 1583 (1428) è perfetta quando si determina la cosa e il prezzo; nella nostra ipotesi il prezzo sarà conosciuto per il peso e la misura. Finalmente la vendita in massa è quella che mette la cosa a rischio del compratore; qui non si tratta di ciò poichè gli oggetti possono, tra la vendita e la misura, sminuire per disseccamento, evaporazione, scolo o altro, ed il compratore pagherà soltanto quanto troverà secondo la misura.

Pure la legge romana dice imperfetta la vendita d'un gregge (fino a che si conti), poichè fatta a tanto per testa: *si in singula corpora certo pretio*. Cujacio spiega parimente che per esservi vendita in massa fan

(1) Voet (*De peric. et comm.*, l. 18, t. 6, 4); Charondas (l. 9, rip. 30, p. 313); Treilhard (Funct, XIV, p. 21).

di bisogno le due indicate condizioni, cioè cose vendute insieme (*confuse et acervatim*) e ad un sol prezzo (*pretio insimul dicto, non in singulas res costituto*). Insegna Brunemanno, che la vendita è imperfetta, *licet universum venditum, si ad mensuram tamen*. Pothier infine, norma dei compilatori del nostro Codice, professava l'ugual dottrina (1).

II. — La vendita invece sarà fatta in massa quando le cose son vendute per un sol prezzo e formino un sol tutto; cioè quando il prezzo sia uno, e determinato l'oggetto: vi vendo questa porzione di caffè per 400 fr., o il mio gregge per 2,500, o la tal botte di vino per 2,000 franchi.

Poco importa che il venditore faccia nota la qualità delle cose vendute: io vi vendo per 2,000 franchi la mia botte di vino che contiene 100 decalitri, o per 2,500 franchi il mio gregge di 100 agnelli, o per franchi 400 la mia porzione di caffè di 100 chilog.; dappoichè quel che allora prendesi per oggetto della vendita, non sono i 100 chilog. di caffè, i 100 agnelli, o i 100 decalitri di vino; bensì *la botte* del vino, *il gregge* o *la porzione* del caffè; l'indicazione della cifra ha ivi luogo per viemmeglio informare il compratore e non per determinare l'oggetto della vendita. Non riuscirebbe vana, dappoichè, non ostante il contrario parere di Pardessus (II, p. 316), dovendo il venditore conoscere il valore della cosa che ei vende, o nulla dirne, potrebbe dolersi il compratore se mancasse la indicata cifra, ed esigerne o il compimento o una proporzionata diminuzione del prezzo (2). Ma l'indicazione non impedisce che la vendita si faccia in massa, e giustamente ha giudicato tale la Corte suprema la vendita di un barile di azzurro di 100 chilog. al prezzo di 1,000 fr. Erasi di fatti venduto non 100 chilog. di azzurro *in genere* ma il tal barile di azzurro; e la promessa che fosse del peso di 100 chilog. non impediva di essere un corpo certo e determinato (3). Non dovendoci attenere alle parole bensì alle idee, dobbiam dire che, non ostante l'indicazione della quantità fosse in capo della vendita, pure essa sarebbe sempre in massa quando le cose che ne formano l'oggetto (e che vendonsi ad un sol prezzo) sono vendute come formante il tutto: a mo' di esempio vi vendo per la somma di..... i 100 chilog. di caffè di questo sacco, i 100 agnelli del mio gregge, o i 100 decalitri del vino della mia botte; l'esservi indicata la quantità ed in primo luogo, non vieta che l'oggetto della vendita sia il sacco del caffè, il gregge o la botte del vino, cioè un corpo certo; e la vendita fatta ad un sol prezzo, è stata in massa.

Sarebbe parimente vendita in massa quella che fatta ad un sol prezzo avrebbe per oggetto non tutte insieme le cose, ma una parte di esse; vi vendo a mo' di esempio per la somma di... la metà, il terzo, il quarto del mio sacco di caffè, del mio gregge, o della mia botte di vino (o di 100 chilog. di caffè del mio sacco, 100 agnelli del mio gregge, 100 decalitri di vino della mia botte).

Certo se tal vendita non ad un sol prezzo, ma si fosse fatta a tanto per misura, non sarebbe più in massa (poichè nol sarebbe nemmeno se avesse per oggetto lo intiero e non la parte), e quindi tutti i rischi si correrebbero allora dal venditore, come ben disse Troplong (n. 92 in nota) nel notare l'errore di Delvincourt. Ma la vendita ad un sol prezzo è certamente in massa, e l'avervi venduto una parte e non l'intiero importa solo che la cosa sarà indivisa fra voi e me fino alla divisione.

III. — Abbiam detto produrre la vendita effetti varî secondo che fatta in massa o a misura. Insegna il Codice che la vendita nel primo caso *perfetta*, non lo è nel secondo. Ma cosa intende dire con ciò? Il più degli scrittori ed un' antica decisione della Corte di cassazione, intendendo re-

(1) Dig. (l. 18, t. I, 35, § 6); Cuiacio (la stessa legge, § 5); Brunemanno (sulla l. 6, *De peric. et comm.*); Despeisses (I, n. 10); Pothier (*Vendita*, n. 310); Pardessus (II, p. 315); Delvincourt (t. III); Troplong (I-90).

(2) Fabro (*De Contr. empt.*, defin. 3 e 4); Pothier (n. 251); Troplong (I-92).

(3) Rig., 30 agosto 1830 (Dall., 30, 1, 359).

strittivamente l'art. 1585 (1430) decidono che la vendita a misura è imperfetta in quanto ai pericoli della cosa che non passa dal venditore al compratore fino a che non si misuri, ma non in quanto al trasferimento della proprietà che ha luogo, dicono essi, dopo fatto il contratto, come nella vendita in massa (1). Altri insegnano invece, massime Troplong (n.i 86-88), Championnière e Rigaud (III-168), che la vendita a misura non trasferisce la proprietà nè la mette a rischio del compratore, e che se il testo ricusa espressamente il secondo effetto, ciò avviene perchè manca il primo. Altri infine, specialmente Duvergier (I-81), fanno una distinzione, secondo cui la vendita a misura, benchè non trasmetta i pericoli, trasmette però in taluni casi la proprietà.

Dei tre sistemi, l'ultimo è da respingersi perchè si rifarebbe, non ispiegherebbe la legge, ideandosi due regole, ove essa ne stabilisce una sola. *È perfetta* la vendita in massa, ma non già quella a misura, almeno nel senso (che la legge ha creduto determinare nel mentre ha lasciato campo a discutere). Ciò posto, si disputa sul senso della parola *perfetta*, ma non sull'unità di esso; e quando si sarà stabilito l'intendimento della regola, quando si saprà in che senso intenda il legislatore che la vendita a misura non sia perfetta, la regola si applicherà a qualunque vendita fatta in tal modo. È dunque mestieri scegliere tra le due prime interpretazioni, e vedremo che bisogna attenerci alla seconda.

La vendita fatta a peso, a numero, o misura è dichiarata imperfetta nel senso che non trasmette la proprietà, nè i pericoli. Il legislatore scorge nella seconda idea una conseguenza della prima; e giusto perchè il compratore non diventa proprietario, i rischi non si corrono da lui. Di ciò tre pruove. In taluni casi la forza delle cose rende impossibile il trasferimento della proprietà; quand' io vi vendo per 25 franchi l'uno, 30, 40, 50 agnelli che prenderete a mia o a vostra scelta, o a caso, dal mio gregge di 400 animali, come potreste diventarne subito il proprietario se pria non si stabilisca quali agnelli prenderete? Ciò non può essere, poichè ignorasi su quali di essi cadrà la vendita. Dir dunque, come vuolsi dica il Codice, che le vendite a misura siano imperfette in quanto ai pericoli, mentre poi trasmettono la proprietà, sarebbe volere stabilire una regola impossibile e respinta dalla stessa natura delle cose. D'altra parte, si è visto negli articoli 938, 1139 (862, 1093) come nel linguaggio del Codice è chiamato *perfetto* il contratto che può trasmettere la proprietà, quando l'ha trasmesso; e quel che dicesi su ciò dall'art. 1138 (1092) per qualunque contratto di tal natura, e dall'articolo 938 (862) per la donazione, ripetesi nel nostro titolo per la vendita dall'art. 1583 (1430), il quale dice parimente, che appena si conviene della cosa e del prezzo, la vendita è *perfetta e la proprietà si acquista dal compratore*. Nel dir dunque i nostri articoli che nel tale e tal caso la vendita è o no perfetta, intendono che essa trasmette o no la proprietà! Abbiamo anche visto nell'art. 1138 (1092) come per convenzione *perfetta*, il Codice intenda (nei contratti con cui si trasmette la proprietà) non una convenzione debitamente fatta, bensì legalmente *consumata* e che colla tradizione puramente civile che ha qui sostituito di pieno dritto la materiale, è riputata *seguita dalla esecuzione e pienamente adempita*. Or in una vendita in cui o la cosa, o il prezzo, o l'una e l'altro non sono ancor conosciuti, e debbon poi stabilirsi, non può fingersi l'esecuzione. Con ciò si confuta tanto il sistema misto di Duvergier, quanto quello del più degli scrittori; dappoichè, quand'anco la cosa sia stabilita del tutto, non essendone noto il prezzo, non può riputarsi messa in esecuzione, e fittiziamente *consumata*. Mercè i lavori preparatori si fa evidente la nostra dottrina; in essi si scorge che il legislatore ha prescritto non si tras-

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Vendita*, § 4, 2); Pardessus (II-297); Favard (alla par. *Fallimento*, § 131, 3); Duranton (XV-192); Rig., 11 nov. 1812.

feriscano i rischi, non perchè volea che qui si trasferisse la proprietà, ma perchè non facea mestieri di notar questa idea troppo naturale, di cui l'altra era una conseguenza.

Ecco infatti quel che avvenne nella prima compilazione: erasi detto soltanto che la vendita a peso, numero e misura *non è perfetta* fino a che la mercazia non è pesata, numerata, o misurata; erasi già spiegato innanzi al Consiglio di Stato, che con quella disposizione non si voleva sottoporre la vendita a misura alla regola che mette subito la cosa a rischio del compratore, secondo *la massima* RES PERIT DOMINO. Il Tribunato propose quindi la compilazione la più chiara che noi ci abbiamo, non per lottare contro l'idea che la vendita non trasferisce subito la proprietà, bensì per prevenire altra del tutto avversa, quella cioè di ritener che la vendita a misura non produca effetto alcuno pria della misurazione, e non generi neanco obbligazione alcuna. Volevasi dal Tribunato si comprendesse, che « se non vi è allora *compimento di vendita* (cioè tradizione civile per cui si effettua il trasferimento della proprietà), pure la vendita esiste e produce obbligazione ». Nulla per ciò di più chiaro dei rapporti al Tribunato ed al Consiglio di Stato su tal quistione. Facendo il primo distinzione tra la vendita in massa, e quella a peso, numero, o misura, ci dice: « Nel primo caso, il compratore ha riconosciuto... *Perciò fatta appena la vendita sarà proprietario.* Nel secondo caso invece, il compratore *può diventar proprietario delle mercanzie quando saranno pesate, numerate o misurate* ».

Leggesi anche nel rapporto al consiglio di Stato: « Esser di rilievo distinguere il caso in cui vi è trasferimento di proprietà, da quelli in cui non vi è... Se la vendita *è perfetta* col solo consenso, la cosa è *proprietà dell' acquirente*, *e d' allora a suo rischio;* se però la vendita esiste, ma non si *è compita* per mancanza di alcuna che, la cosa venduta *è a rischio del venditore*, *non ancora spogliato della proprietà.* (Fenet, t. XIV, p. 4. 21, 85, 153, 182-183) ».

IV. — Ma se la vendita a peso, numero o a misura non è tosto perfetta, cioè compita e da effettuire il trasferimento del rischio e della proprietà, è sempre una convenzione che obbliga le parti. Non è ancora un contratto trasmissivo di proprietà, ma un contratto che produce obbligazioni. Il compratore può obbligare il venditore a pesare, numerare, o misurare le cose a fin di rilasciargliele in un termine prefisso; o in mancanza di convenzione, in un termine che verrà stabilito dal giudice a seconda dell' uso e delle circostanze; ciò non eseguitosi dal venditore, potrà quegli ottenere i danni ed interessi. Il venditore può obbligare il compratore all'esecuzione, e ad aversi il rilascio. E se le cose periscono prima che il compratore consenta ad averne il rilascio, bisognerebbe distinguere: se dopo che si fossero pesate, numerate o misurate, e quindi divenute proprie del compratore, le cose perirebbero per lui, restando il venditore creditore del prezzo; ma se prima, quando il compratore fosse in mora di richiedere il rilascio, le cose perirebbero per il venditore, nonostante il contrario avviso di Duranton (XVI-89), perchè soltanto fatta la misura passano a rischio del compratore. Ma il venditore che risentirebbe una perdita per colpa del compratore che si è negato ad eseguire l'obbligazione, avrà dritto a danni ed interessi che sarebbero pari al prezzo della vendita.

1587 (1432).—Riguardo al vino, all'olio ed alle altre cose delle quali si costuma di fare l'assaggio prima della compra, non vi è contratto di vendita finchè il compratore non le ha assaggiate ed approvate.

1588 (1433).—La vendita col patto di preventivo assaggio si presume sempre fatta sotto condizione sospensiva.

SOMMARIO.

I. Controversie sul preciso senso dei due articoli.
II. Esse sono di poca utilità, perchè trattasi di quistione d'intenzione e d'interpretazione di volontà.
III. L'art. 1587 (1432) *è inesatto perchè troppo assoluto.* Secus *dell'art.* 1588 (1433).

I. — Tornerebbe molto difficile, ma per fortuna è di poco rilievo, conoscere esattamente qual sia il concetto del legislatore in questi due articoli.

Che vuol significare l'art. 1587 (1432) col dire che le cose le quali sogliono vendersi con l'assaggio, non si reputano vendute fino a che il compratore non le assaggi e le piacciano? Intende ei dire che se tornano disgustose e sgradite, non vi è vendita perfetta, ma condizionata con cui le due parti legansi a condizione che la cosa piaccia? Intende forse che non vi ha contratto di vendita, bensì un contratto unilaterale che senza obbligare d'ora innanzi il futuro compratore, lega però il venditor futuro, il quale non potrà ricusar la cosa per l'indicato prezzo, se la parte vuol toglierla; o vuol esso dire che non si fa contratto alcuno, ma solo un progetto, una convenzione non obbligatoria, la quale può non eseguirsi dalle parti? L'art. 1588 (1433) nel dir che la vendita a pruova credesi fatta a condizione sospensiva, intende forse parlare d'una condizione propriamente detta e che compiuta retroagirebbe al giorno stesso della convenzione, o vuol piuttosto che debba stabilirsi l' uno degli elementi costitutivi della vendita, la quale avrebbe effetto allor che il saggio sarà riconosciuto soddisfacente? È forse di bisogno nell'uno e nell' altro articolo che il saggio soddisfi il gusto del compratore, o basta che la cosa sia buona secondo il general gusto, e tale riconosciuta dai periti che dovranno esaminarla, richiedendolo il caso?

II. — Coteste quistioni vengono interpretate in vario modo, sì perchè delicate di molto, e più per il laconismo (ed anche per la contraddizione) dei lavori preparatori del Codice (1). Per buona sorte esse sono vane; dappoichè qualunque siensi le idee del legislatore, bisogna sempre, ed unicamente investigare e sanzionare quelle che hanno avuto le parti. Qui tutto riducesi a semplici quistioni d'intenzioni; dovrà il magistrato, in ogni specie, decidere in fatto, o secondo i termini della convenzione, o a norma delle circostanze, qual sia stata la volontà dei contraenti, e darle effetto.

Qualunque possa essere il senso del Codice nella proposizione che per le cose solite ad assaggiarsi non ci è vendita fino a che il compratore non le abbia assaggiate ed approvate, è però chiaro che se tra me ed un mercante di vino si è convenuto che atteso il modico prezzo del suo liquore, io consento a toglierlo tale quale è, legandomi irrevocabilmente, la vendita è già conchiusa, senza che possa io poi nè dire che non vi sia contratto, nè farlo sciogliere sotto pretesto che il vino non mi piaccia. Se si fosse convenuto darmi il mercante subito il tal vino al tal prezzo, ma stesse in me il prenderlo o no secondo più mi convenga, non vi sarebbe allora contratto sinallagmatico, bensì unilaterale da non potersi più sciogliere dal mercante. Se prendo da un orologiaro un orologio, lo pago, e lo porto in casa mia sessanta leghe lontano, checchè ne dica l'art. 1588 (1433), è questa una vendita fatta senza condizione, ma pura e semplice, per la quale

(1) *Vedi* Pothier (*Vendita*, 311); Rep., alla parola *Vendita*, § 4, n, 3); Troplong (I-102); Duvergier (I-97); Delamarre e Lepoitevin (III-150); Duranton (XVI, 93); Pardessus (II, p. 317); Zachariae (II, p. 485); Metz, 20 agosto 1827; Rig., 29 marzo 1836; Limoges, 15 marzo 1838; Rig., 5 dic. 1842 (Dev., 36, 1, 566; 38, 2, 474; 43, 1. 89); Angers, 21 giugno 1835; Limoges, 8 marzo 1837 (Dev., 35, 222; 38, 2, 474).

sono proprietario dell'oggetto, e che poi, se bisogna, potrà sciogliersi. Si sanziona parimente l'intenzione certa o probabile delle parti dicendo cogli scrittori, che in generale bisogna attenersi al gusto del compratore nelle cose che devon da lui consumarsi; ma s'ei compra per rivendere, o per conto suo, sia secondo la mostra, o sull'indicazione della specie e della qualità, allora bisogna che la mercanzia sia da' periti riconosciuta convenevole. A seguire il pensiero delle parti basterebbe una perizia che dichiari nel primo caso *buono* l'oggetto, *leale e vendibile*, o provi nel secondo che sia uguale o alla mostra, o alla cosa indicata.

In breve, qualunque convenzione è legge per chi l'ha fatta (articolo 1134 (1088)); che altro è una convenzione se non l'armonia delle volontà? Si indagherà adunque qual sia stata quella delle parti.

Questa indagando, e non mai applicando metodicamente principî che non potrebbero esistere in somigliante materia, dovrà decidersi se la convenzione abbia costituito un contratto, o un semplice progetto; se il contratto fosse sinallagmatico, o unilaterale; se la vendita sia stata fatta con condizione sospensiva, o risolutiva, se in ultimo le qualità, oggetto della condizione, dovevano essere apprezzate dal compratore, o potevano esserlo generalmente.

III.—Del resto, se è vero che l'art. 1587 (1432) sia compilato in senso molto assoluto, dando come regola generale (che potrebbe esser falsa) una quistione di fatto e di specie, sarebbe ingiusto rimproverar parimente l'art. 1588 (1433), e con Troplong chiamare erronea (*Somm. del* n. 107) la sua disposizione.

Certo sarebbe stato meglio, come egli stesso dice, metter qui da banda ogni giudizio *a priori*, lasciar neutrale la legge sovra un punto che dipende dalla convenzione delle parti, ed imitare la legge romana che riguardava la vendita a pruova come fatta or a condizione sospensiva, ed ora a condizione risolutiva a seconda la volontà dei contraenti (1). Ma la compilazione del nostro articolo oltre che ha una scusa naturale nei precedenti del Codice, non è poi inesatta.

Pothier, scambiando una particolare decisione d'Ulpiano per regola generale, aveva insegnato (*Vendita*, n. 264-266), e fatto prevalere altra volta la falsa idea che la vendita a pruova deve sempre riputarsi *fatta* a condizione risolutiva, cioè im*mediatamente* perfetta, salvo dipoi a risolversi. Tale idea del tutto avversa alla verità, dappoichè non solo quella vendita può farsi tanto con condizione sospensiva che risolutiva, ma più spesso si farà nel primo senso, e non è da supporre che il compratore prenda subito a suo rischio una cosa che gli si dà per provarla. Il nostro legislatore a prevenire gli effetti di cotesta dottrina di Pothier (che sarebbe certo prevalsa se il Codice si fosse taciuto) ha scritto l'art. 1588 (1433), di cui dobbiam lodarlo anzichè biasimarlo. Anche presa alla lettera la disposizione del nostro articolo, non è per nulla inesatta, volendo non già che la vendita a pruova sia *tenuta* per fatta a condizione sospensiva, ma che si *supponga* in tal modo; ciò lascia libero il magistrato di ammettere l'idea avversa, se gli parrà risultare dalle circostanze, e nel dubbio sul pensiero dei contraenti e mancando su ciò ogni pruova, dovrà attenersi all'idea d'una condizione sospensiva, perchè più naturale dell'altra.

1589 (1434). — La promessa di vendere equivale alla vendita, quando esiste il consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo.*

(1) *Vedi* tra gli altri testi, Dig., l. 19, tit. 5, 1, 20, § 1.

* — È permesso dalle nuove leggi il patto della prelazione nel caso di vendita — Ed allora la prelazione ha luogo in concorrenza di altri oblatori. Non può però lo stipulante chiedere che il fondo gli sia venduto dietro apprezzo. C. S. di Napoli, 2 maggio 1826.

— Il patto di prelazione convenuto in una vendita d'immobili non induce una azione reale per la rivendica del fondo a danno d'un terzo acquirente, ma la sola azione personale contro il promittente per i danni interessi. C. S. di Napoli, 8 luglio 1846.

SOMMARIO

I. Tre specie di promesse di vendere : 1. la semplice pollicitazione; 2. l'obbligazione unilaterale ; 3. la promessa sinallagmatica. Schiarimenti. Inesattezze di parecchi scrittori e decisioni.
II. La promessa unilaterale sarà valida se non si determini il prezzo positivamente? Controversia e distinzione.
III. Il creditore può ottenere giudiziariamente la esecuzione diretta, e non i soli danni-interessi : errore di una decisione. La vendita, effettuita, non retroagisce al giorno della promessa : errore di Duranton.
IV. La promessa unilaterale di comprare è governata dalle stesse regole e produce simili effetti.
V. Il nostro articolo tratta solo della promessa sinallagmatica. In qual senso essa importi vendita. La parola non deve intendersi in senso rigoroso.
VI. La promessa sinallagmatica non opera il trasferimento della proprietà : conseguenze. Varie osservazioni. Promesse fatte a termine o senza : inesattezze di molti scrittori.
VII. Essa può annullarsi nel caso di lesione preveduto dall'art. 1674 (1520 M). Non la si deve però confondere con una vendita fatta coll' obbligo di stender dipoi l'atto.

I. — Tre specie di promessa di vendere son da distinguere: 1° la promessa reciproca con cui l'una delle parti si obbliga a vendere la cosa e l'altra a comprarla, il che forma un contratto sinallagmatico; 2° la semplice promessa di vendere, non seguita da quella di comprare, ma accettata dall'altra parte la quale intende non obbligarsi, ma tenere a se obbligata l'altra; 3° finalmente la promessa, o a dir meglio l'offerta non ancor seguita dalla scambievole promessa di comprare, nè dal volere dell'altra parte di accettarla; in guisa che, mancando allora il concorso delle volontà, non vi è contratto, non obbligazione, ma una semplice pollicitazione, come dicesi in dritto, una promessa che non obbliga.

Possono ben esservi delle promesse unilaterali *di comprare,* le quali producono il contrario effetto di quelle unilaterali di vendere. — Alcune osservazioni son necessarie sì in quanto alle parole che alle cose, le quali però traggono facilmente allo errore per la varietà ed inesattezza di espressioni e d'idee sì degli scrittori che delle decisioni.

Noi dunque diciamo in prima, come Duvergier (I-121), doversi distinguere tre promesse di vendere. Pothier al contrario, chiamato da Duvergier in sostegno di tale distinzione, ne ammette due sole, la prima e la seconda delle tre suddette (1); l'ultima non l'ha in conto di promessa e « bisogna, ei dice, badare di non riguardarla per promessa di vendere (n. 477) ». Ma ciò è un giuoco di parole, e le idee sono perfettamente le medesime dall'una parte e dall'altra. Pothier prende la parola *promessa* nel ristretto senso di promessa obbligatoria, d'impegno contratto; di guisa che dicendo non esservi promessa, vuol significare ciò che noi manifestiamo col dire non obbligatoria la promessa, non formato l'impegno, non esservi contratto.

Diciamo pur noi che la promessa di vendere non seguita da quella di comprare, che ne farebbe un contratto sinallagmatico, ma accettata dalla parte che dichiara di tenere a sè l'altra obbligata, forma un contratto unilaterale obbligatorio per chi promette. Or è noto che tal proposizione è ricusata da molti scrittori e decisioni, pretendendo essere inefficace una tal convenzione, e che la promessa diventa contratto e forma un impegno quando è seguita dalla promessa di comprare. Nell'articolo 1325 (1279 M), n. IV) si è da noi

(1) Egli tratta solo della seconda; la prima, la quale forma il contratto sinallagmatico, la lascia sottintesa.

confutato tal grave errore, che par provenga da una confusione di cui parleremo nel seguente paragrafo. Non vi è contratto, dicesi, senza il concorso delle volontà; fino a che dunque la mia di comprare non si è congiunta alla vostra di vendere, non esiste contratto. Falsa è tal conchiusione; voi obbligandovi a vendermi il tale oggetto, io forte della vostra promessa, riputandovi con essa obbligato, abbiam concorso colle nostre due volontà, e perciò vi è contratto. Invero non conveniamo esser tenuti, voi a vendere *ed io a comprare*; ma siam d'accordo *che voi sarete obbligato di vendere a me*; vi è dunque *consensus in idem placitum*; il contratto è unilaterale, e non sinallagmatico. Ed appunto del contratto unilaterale Pothier tratta nel suo articolo *delle Promesse di vendere*. Vero che il Codice non ne parla particolarmente, dappoichè il nostro articolo 1589 (1434) dice solo della promessa di vendere o di comprare; ma ben si scorge che il silenzio del Codice lascia tal caso sotto i principî generali; e ciò a ragione, perchè il più degli scrittori e delle decisioni proclamano l'efficacia di siffatta convenzione (1).

Tra le inesattezze di lingua che incontransi in questa materia delle promesse unilaterali di vendere, ed anche presso gli scrittori che ne riconoscono l'efficacia, specialmente nelle decisioni, e nelle note e sommarî che le accompagnano, avvene una che più d'ogni altra è da porre in luce. Le decisioni, ed i raccoglitori o glossatori di esse, prendono abbaglio sul senso delle parole *accettazione* di promessa di vendere, promessa di vendere *accettata*, ed indicando con esse or la semplice dichiarazione dell'eventuale compratore che intende per obbligato colui che promette (ciò forma il contratto unilaterale), or la sua dichiarazione di voler effettuire la promessa e comprare l'oggetto (il che fa sorgere il contratto sinallagmatico), offrono un'erronea compilazione, che giunge alle volte a stranamente contraddirsi. Senza insistere su quanto sia falso e pericoloso il significare colle stesse parole la promessa di vendere semplicemente *accettata*, e quella di vendere *seguita dalla scambievole di comprare*, indicheremo le contraddizioni derivate dall'aver confuso due cose tanto dissimili. Qui (Dev., 48, I, p. 181), si stabilisce nel sommario d'una decisione di rigetto del 1848, la proposizione che la promessa unilaterale di vendere *può disdirsi* fino a che non sia accettata, cioè (come vedesi nel testo della decisione) fino a tanto non sia *un contratto sinallagmatico*, e dicesi tosto in nota, che tal proposizione è conseguenza di quella, esser la promessa unilaterale valida per sè stessa, ed obbligare *hic et nunc* colui che promette; fino a tanto che la promessa non è sinallagmatica, può disdirsi, in altri termini essa *non obbliga;* e se gli è in tal modo, lo è *perchè essa obbliga!* Altrove (48, 2, p. 168) nel testo d'una decisione di Parigi, s'incomincia ed annunzia in prima che niuna legge vieta la promessa *unilaterale* di vendere, quindi è valida ed obbligatoria; e poi si dice, che il creditore manifestando a colui che promette la sua volontà di comprare, e facendo così sinallagmatico il contratto unilaterale, ha adempito la condizione, necessaria *per rendere obbligatoria la promessa di vendere;* in tal modo il contratto unilaterale è obbligatorio, ma l'obbligazione è per il solo contratto sinallagmatico!! Che pensare di tali contraddizioni?

Altra non meno grave inesattezza, e che deriva sempre dall'aver frainteso la parola *accettazione,* trovasi sin anche nelle decisioni della Corte di cassazione, le quali ripetono come l'unilaterale promessa fino

(1) Tra le molte autorità da noi citate nell'articolo 1323 (1279 M), n. IV, è da aggiungere: Coulon (*Quist.*, II, p. 223); Championnière e Rigaud (III-1747); Parigi, 10 maggio 1826; Bourges, 15 giugno 1841; Amiens, 16 giugno 1841; Rig., 12 luglio 1847; Parigi, 26 agosto 1847; Rig., 9 aprile 1848 (Dev., 43, 2, 403; 44, 2, 263; 48, I, 181 e 615; 48, 2, 161). Vedremo d'altronde che se queste varie decisioni annettono sia valida la promessa unilaterale, non sono esattamente compilate.

a tanto che per l'accettazione del creditore non sia contratto sinallagmatico, è *una pollicitazione* e nella stessa definizione che le dà il *Repertorio* di Merlin il quale la dice *impegno contratto* da una persona e non *accettato* dall'altra. — La pollicitazione non è un impegno, bensì l'offerta e la proposta di esso; un impegno semplicemente *proposto* e non *contratto*. Quando vi è impegno contratto, impegno posto ad effetto con un contratto, vuol dire che le due parti hanno unito le loro volontà onde dar vita ad un impegno (non altro essendo il contratto che l'armonia delle volontà); or se le due parti si son messe di accordo per fare il contratto, l'una ha dunque accettato l'impegno proposto dall'altra, ed è l'impossibil cosa contrarsi un impegno e non accettarsi... Ma poichè vi è contratto e non semplice pollicitazione, tosto che la obbligazione proposta dall'uno è accettata dall'altro, è inesatto il dire come la Corte di cassazione, che la promessa fatta, cioè l'obbligazione proposta di vendere, sarà pollicitazione fino a tanto che con l'impegno scambievole di comprare diventi contratto sinallagmatico; certo un tale impegno sarebbe necessario perchè vi fosse contratto bilaterale, ma non già per un contratto unilaterale; ed essendovi contratto; non vi è più semplice pollicitazione dappoichè questa e quello son due cose del tutto contrarie. Il contratto è l'accordo delle due volontà, l'accettazione che fa l'una, della proposizione dell'altra. Se dunque mi proponete non una vendita, ma la promessa di vendere; ove questa a me piaccia, vi sarà accettazione, cioè contratto; dappoichè *accettare* vale *piacere la cosa proposta* qualunque essa si sia. Fa dolore che il *Repertorio* di Merlin (più d'ogni altro in una definizione) e le decisioni della Corte suprema cadano in tanto gravi inesattezze su punti così fondamentali. E reca maggior meraviglia l'ultima decisione del 9 agosto 1848, in quanto non potea farsi a meno di riconoscere, nella specie, che l'una parte avea accettato la proposta dell'altra, trovandosi l'accettazione scritta per intiero nell'atto. « Il sig. Boguet, dicevasi nell'atto, proprietario d'un terreno sito a Parigi, s'interdice per quattro anni di venderlo ad altri che al sig. Pelletier. D'ora innanzi adunque ci promette di vendere al signor Pelletier, *il quale accetta per lui o suoi aventi-causa*, il suddetto terreno ». Dopo di che sorgeva chiaro che l'atto l'obbligatorio per Boguet, sarebbe tale per Pelletier e lo astringerebbe a comprare il giorno in cui manifesterebbe la volontà nel termine stabilito. Come potè mai la decisione incominciare col dire (1) di non esservi che una semplice pollicitazione?

Epilogando, tre casi possono offrirsi, o la promessa di vendere è solo proposta dall'una parte, e non ancora accettata dall'altra, ed allora vi è semplice pollicitaziene, e non contratto, quindi non obbligazione; o la promessa proposta dall'una è accettata dall'altra senza che questa si obblighi per nulla, ed in tal caso vi ha contratto unilaterale, obbligazione dall'una parte soltanto; o in ultimo la promessa di vendere fatta dall'una, e seguita non solo dall'accettazione dell'altra, ma anche dalla promessa scambievole di comprare, fatta da questa, ed havvi allora contratto sinallagmatico, obbligazione da una parte e dall'altra.

Parliamo in pria della promessa unilaterale (obbligatoria), e poi della sinallagmatica.

II. — È delicato il conoscere se la promessa unilaterale debitamente accettata sia valida quando non è determinato il prezzo, nè indicato l'uno o i piu al cui arbitrio o le parti se ne sono rimesse. Troplong (I-118) e Duvergier (I-128) adottando la dottrina di Vöet (sul tit. I, libro 18, Dig., n. 2), insegnano esser nulla una tal promessa, senza discutere, nè distinguere se le parti, mancando la *precisa determinazione*, abbiano almen detto *al prezzo corrente* delle cose della specie medesima, *per il prezzo che si stimerà valer la cosa*, o se nulla abbian detto. Pothier invece (481) senza

(1) *Vedi* Dev., t. XLVIII, 1, p. 616; e 2, p. 163 e 164).

meglio distinguere pretende sia sempre valida la promessa quand'anche le parti non abbiano detto cosa alcuna, perchè è naturale credere che il debitore abbia inteso obbligarsi per il prezzo legale e venale che stabiliranno i periti, se ciò bisogna; e che se è indispensabile si determini il prezzo per la vendita, non lo è meno per l' obbligazione di vendere. Duranton (XVI-57) che s'intrattiene se non altro della distinzione di cui facciam cenno, e che par comprenda la differenza tra i due casi, si decide anch'egli per motivi affatto inconcludenti, od inclina piuttosto per la nullità della promessa.

Secondo noi, quella distinzione ci sembra esser necessaria per risolvere la quistione. Checchè ne pensi Pothier, se le parti non han nulla detto, è impossibile vi sia valida obbligazione. Allorchè io dichiaro voler soddisfare l'obbligazione da voi accettata vendendovi in due anni il mio podere di Normandia, senza parlare del prezzo, come scorgere in ciò un legame di dritto? Quando in due anni mi chiederete ch'io adempia la promessa di vendere a voi, e per ciò mi offrite 50,000 franchi che credete, ed è infatti il prezzo venale del podere, non potrei io dirvi non esserci ben compresi; che io ho inteso cedervi il podere, non solo come proprietà fruttifera ed al prezzo venale, ma anche come cosa di piacere ed al prezzo di convenienza; che il piccolo edifizio fabbricato sulla proprietà il quale generalmente nel commercio non accresce valore al podere, ne ha per me uno grandissimo; che il sito dell'immobile e le vedute di cui è allegrato valgono tanto per me, quanto la rendita che esso dà; che tal immobile che per voi e in commercio varrebbe 50,000 fr., vale per me 80,000 fr., 100,000 o più; che a dir vero, ho promesso di vendervelo e son pronto a farlo, ma in quanto al prezzo nulla ho promesso e son libero di cedervi l'immobile purchè consentiate a pagarmi una somma in proporzione del mio affetto? E siccome il prezzo di affezione l'è cosa di puro capriccio; potrei sempre chieder tanto che vi renderà impossibile l'acquisto. Ripetiamolo; qualunque promessa di vendere in cui non si parla del prezzo, non lega davvero colui che promette, e non forma una obbligazione. L'una delle condizioni necessarie per questa è l' oggetto certo, cioè un oggetto che la convenzione rende abbastanza determinato o da determinarsi perchè colui che promette possa esservi astretto; or la promessa avendo già per oggetto un contratto di vendita, bisogna che questo sia abbastanza chiaro, e che i due oggetti, la cosa dall'una parte ed il prezzo dall'altra, sieno stabiliti o da stabilirsi facilmente. Non esistendo tal condizione per il prezzo, sarebbe dunque indeterminato il contratto da fare, per ciò indeterminato l'oggetto della promessa, e quindi nulla la promessa (Vedi gli art. 1108 (1062), n. IV, 1126 e 1129 (1080 e 1083). Ma allorquando le parti senza stabilir subito il prezzo nella convenzione, vi han posto un mezzo onde potersi poi determinare; quando ho convenuto di vendervi il mio podere *al prezzo che lo valuteranno*, o al corrente *delle terre*, *della contrada*, o con altra equivalente indicazione, il prezzo può facilmente stabilirsi. — Direbbesi invano con Duranton, che le parti potendo ricusarsi di scegliere i periti che in loro mancanza stabiliscano il prezzo, saranno tenuti contentarsi di quelli scelti dal tribunale, e perciò si stabilirà il prezzo senza il loro consenso. È ciò erroneo; dappoichè essendo il prezzo corrente d'una sorta di beni, ed il valore venale e commerciale di uno di essi una cosa indipendente dalla volontà del tale o del tale, le parti hanno anticipatamente acconsentito che sarà poi stabilito dalla stima. — In breve; quando le parti non avran detto cosa alcuna sul prezzo, la promessa sarà nulla; valida invece, quando avranno esse manifestato il desiderio di sottoporsi alla stima fatta da terzi. Se le espressioni del contratto lasciasser dubbio se le parti abbiano inteso sottoporsi a terzi, ove fosse necessario, per determinare il prezzo, o in ogni evento determinarlo essi stessi, la quistione sarebbe un'interpretazione di convenzione, un punto di fatto da decidersi dal magistrato in ogni

pecie, secondo le circostanze dell' atto. Come insegnava Pothier (n. 482) conoscenosi che chi promette si è obbligato a venlere in un dato tempo per un prezzo non leterminato nell'atto, ma che è facile a staiilirsi per le condizioni poste, la cosa deve stimarsi secondo il prezzo che vale nel tempo lella vendita, e non secondo quello che valeva quand'ebbe luogo la promessa uniaterale.

III. — Allorquando la promessa unilatecale di vendere è obbligatoria, cioè costituisce un valido contratto, perchè accettata dal compratore eventuale, e contiene colla determinazione della cosa, o il prezzo stabilito, o i mezzi di stabilirlo senza l'ulteriore concorso delle parti, qual'effetto essa produce? Potrà il creditore ottenere dipoi, non ostante il diniego del debitore, la proprietà della cosa, o soltanto avrà il diritto *di* far condannar quello ai danni ed interessi? Si era molto discusso su tal punto nell'antico dritto; ma generalmente, come oggi, si ammetteva che il creditore può farsi trasmettere la proprietà; alla qual dottrina bisogna attenersi.

Si è fatto qui abuso della massima *nemo potest precise cogi ad factum*. Certo non si può costringere alcuno ad una obbligazione che dipenda dal *fatto suo personale*; da ciò deriva la impossibilità di fargliela eseguire, ov'egli si nieghi.

Quando voi mi avete promesso che getterete giù il vostro muro, io potrò, anzichè ricevere i danni ed interessi e continuare a soffrire la molestia di quel muro, farmi autorizzare giudiziariamente a far demolirlo da operai che saran da voi pagati; quando mi avete promesso di vendermi la vostra casa, potrò ottenere una sentenza, che stante esservi negato a fare il contratto, ed avere voi mancato a farlo in tal termine, mi dichiarerà proprietario colle condizioni della promessa tra noi fatta, e sarà per me uguale ad un atto di vendita.

L'esecuzione diretta che nel primo caso mi daranno gli operai, lo stesso tribunale me la dà nel secondo. Non potrete essere personalmente astretto ad un fatto, e perciò non potrò se voi ricusate, ottenere direttamente che adempiste la promessa di sposarmi, o che mi faceste il mio ritratto, o diveniste il mio commesso, o socio, ec.; ma la legge non ha d'uopo del vostro concorso per dichiarare per mezzo del magistrato che a causa dell'obbligazione da voi fatta, il vostro dritto è ora il mio. A ragion dunque la Corte di Amiens dopo aver deciso il contrario ha sanzionato, del pari che quella di Parigi, questa regola di dritto e di equità (1).

Ma se la promessa di vendita trae così ad ottenere la proprietà della cosa col mezzo di un'esecuzione volontaria o forzata; cioè quando vi è un contratto di vendita, o in sua vece una sentenza, è chiaro che fatto il contratto (o l' equivalente) la proprietà è del compratore, e non dal giorno della primitiva promessa, come a torto insegna Duranton (XIV-53). Se invece del contratto unilaterale da cui deriva soltanto l' obbligazione di vendere, e che vien poi seguito dal contratto sinallagmatico di vendita, eravi in primo lungo una vendita fatta con condizione, ed in secondo, il compimento di quest'ultima; allora potrebbe dirsi con Duranton, che dal giorno della convenzione il compratore sia stato proprietario. Ma qui non havvi nè anche l'ombra d'una vendita condizionale, e basta analizzare i fatti per veder l' inganno del dotto professore. Nel 1848 mi sono impegnato col vostro consenso, ma senza che anche voi vi foste obbligato, di vendervi in due anni la mia casa per il tal prezzo, se vorreste allora comprarla; nel 1850 mi dite volerla comprare, ed io ve la vendo. Due convenzioni abbiam noi fatto; una promessa condizionale di vendere, e poi una vendita affatto pura e semplice. — La formola del primo contratto era: « Io sarò obbligato di vendere

(1) *Contr.* Amiens, 24 agosto 1839. *Conf.* Vöet (*De contr. empt.*, num. 2); Fachin. (l. 2, cap. 7); Borrius (decis. 183, n. 14); Tiraqueau (*De retr. con.*, tit. fin., 25 e 61); Pothier (n. 479); Duranton (XVI-49); Troplong (I-116); Duvergier (I-122); Coulon (*Quest.*, II, p. 225); Championnière e Rigaud (III-1747); Parigi, 10 maggio 1826; Amiens, 16 giugno 1841 (Dev., 43, 2, 403; 44, 2, 263).

a voi, Se...; non sarò obbligato, Se... ».

La condizione dunque di tal contratto, adempiendosi nel 1850 colla vostra dichiarazione di voler comprare, risale al giorno della convenzione, e fa che sin dal 1848 io sia stato nell'obbligazione di vendere a voi. Il secondo contratto invece si fa coll'altra formula, pura e semplice: « Io vi vendo »; la quale non è affatto condizionale; e non può esservi quindi quistione di retroattività pel trasferimento della proprietà che essa produce. — E poichè condizionale è la promessa di vendita e non la vendita, e quindi compiutasi la condizione retroagisce l'effetto della promessa, ossia l'obbligazione di vendere, e non lo effetto della vendita, ne segue che nell'intervallo dal primo contratto al secondo, quegli che promette ritiene il dritto di proprietà, rimanendo soggetto ad un'obbligazione; che colui il quale accetta non ha avuto un dritto reale, ma semplicemente un credito; d'onde la conseguenza che se il primo vendesse in tal tempo ad altri la cosa, la vendita non sarebbe, come insegna erroneamente Duranton, un'alienazione nulla, che potrebbe farsi dichiarare non avvenuta da colui che accetta; ma questi può soltanto chiedere un indennizzo pei danni ed interessi sofferti dal non avere il promittente adempito la sua promessa. — A ragione dunque la dottrina di Duranton è condannata dagli scrittori e dalle decisioni (1).

IV. — Quanto si è detto della promessa unilaterale di vendere, si applica a quella unilaterale di comprare, cioè alla obbligazione che voi meco contrarrete, e della quale dichiaro avvalermi (ma senza obbligarmi) per comprare la tal cosa al prezzo da noi stabilito o da stabilirsi ulteriormente. Una tal promessa obbliga come la precedente colui che promette, e ricusandosi il debitore, potrà il creditore farlo condannare non solo ai danni ed interessi, ma anche a formare il contratto in un dato tempo, scorso il quale il compratore in forza della sentenza diverrà proprietario.

Del resto in tal caso, a differenza del precedente, non è di molto rilievo l'ottenere giudiziariamente la esecuzione diretta del contratto, dappoichè il creditore può pretendere il prezzo della cosa, cioè una determinata somma, che può anche avere a titolo di danni ed interessi,

V. — Parliamo infine della promessa sinallagmatica, cioè della convenzione con cui le parti si obbligano reciprocamente, l'una di vendere l'altra di comprare, e di cui parla soltanto il nostre articolo 1589 (1434). Dicesi in esso che *la promessa di vendere equivale alla vendita*, se si faccia in tali condizioni. Or si è molto quistionato sull'intendimento di questa disposizione.

Spesso si insegna nelle scuole, e par sia questa la dottrina di Demante (2), che lo scopo del nostro articolo sia di ovviare alla falsa qualificazione che alcune volte le parti dànno alla vendita.

Può avvenire, dicesi, che alcuni ignorando la differenza tra la vendita e la semplice promessa di vendere, dicano nell'atto: *io prometto di vendere*, invece di *io vendo*, benchè intendano fare allora stesso una vendita, e non obbligarsi per dipoi. Or il nostro articolo si applica appunto a tal sorta di vendita, che dicesi ingiustamente promessa di vendere; e non alla vera promessa, la quale crea soltanto due obbligazioni; per l'una delle parti di vender poi, per l'altra di comprare.

Curiosa sarebbe una tale interpretazione: divinatoria d'altronde ed in contraddizione col vero concetto del Codice. E in prima sarebbe molto strana, poichè ridurrebbe l'articolo a queste due sole proposizioni:

(1) Toullier (IX-92); Troplong (I-123); Duvergier (I-123); Grenoble, 23 maggio 1820; Parigi, 26 agosto 1847; Rig., 9 agosto 1848; Rig., 25 luglio 1849 (Dev., 48, 1, 615, e 2, 161; 50, 1, 520). Però se le decisioni sono esatte, non lo son sempre i loro motivi: l'ultima cade in una contraddittoria teoria censurata a ragione dal raccoglitore; la terza incomincia colla falsa idea di *pollicitazione* da noi censurata alla fine del n. I; e la prima si appoggia su d'una pretesa nullità della promessa, che essa poi riconosce di non esistere poichè fa derivare dalla promessa danni ed interessi che non potrebbero aver luogo se fosse stata nulla.

(2) Demante (*Prog.*, III-262); Mourlon (*Ripetiz.* III, p. 148).

° che *la vendita*, benchè falsamente chiamata promessa di vendere, importa vendita; 2° che la vera *promessa di vendere* non *importa vendita*. Sarebbe stato ben puerile il dettare espressamente un articolo per dire che in tal caso, come in qualunque altro, *la vendita vale vendita*, ed inoltre inutile in faccia alla disposizione dell'art. 1156 (1109); aggiungendo poi (cosa molto strana!) che la *promessa di vendere importi vendita*, mentre è manifesto il contrario. Eppure vedremo nelle seguenti spiegazioni, come tal sistema (che d'altronde non è mai uscito dalle mura delle scuole di Parigi) non potrebbe affatto immaginarsi, se si ponga mente ai precedenti del Codice ed ai lavori preparatori.

Il Codice intende parlare della promessa di vendere e non della vendita detta falsamente promessa. Tutti gli scrittori concordano su tal primo punto, che non può esser dubbio; ma è quistione in qual senso tal promessa sia dichiarata valer vendita. Secondo Toullier (IX-91 e 92) e Troplong (I-130 e 131), il creditore può solo in tal senso ottenere, ove il debitore si ricusi, non solo una sentenza che lo condanni a pagare i danni ed interessi, come insegnavano alcuni scrittori, ma anche a formare il contratto in un dato tempo, scorso il quale la sentenza ne farà le veci; in modo che la *promessa importi sicuramente la vendita*, non di una cosa presente, ma di una *cosa che non può venir meno*. Tutti gli altri scrittori invece, e con essi una sola decisione che ha giudicato sulla quistione (1) son di avviso che la legge, nella sua onnipotenza, muti la promessa di vendere in vendita attuale, in modo che l'una delle parti diventi subito proprietaria della cosa e l'altra creditrice del prezzo. Secondo la prima opinione adunque, la promessa di vendere importa vendita in quanto *assicura al creditore la cosa venduta* e non i soli danni ed interessi; secondo l'altra la promessa di vendere importa vendita nel senso stretto della parola, poichè la legge fa della promessa una vera vendita senza bisogno di alcun contratto o sentenza.

Cotesta dottrina, benchè generalmente ammessa, pure non ci sembra esatta; ed i tanti documenti accumulati da Troplong su tal quistione, insieme anche ad un ultimo sfuggito al dotto magistrato, fan pruova, secondo noi, dello errore. A primo aspetto par che i lavori preparatori e le opere dei nostri antichi scrittori, facciano buona la dottrina che rigettiamo. Leggesi in un rapporto al Tribunato che « la promessa di vendita *ha il medesimo valore* della vendita » e nel rapporto al Corpo legislativo che « la promessa di vendere *racchiude la vendita*, » cioè in altri termini *essa ne ha tutti gli effetti* e le è *perfettamente uguale* (Fenet, XIV, p. 153 e 189). I nostri antichi scrittori, Boiceau, Danty, Ferrières ed altri ripetono ovunque, non solo che la promessa di vendita *importa vendita* o *equivale a vendita*, ma che essa costituisce *una vera vendita*. Ma se si raffrontino le spiegazioni date in tutti i tempi intorno al vero significato di tale regola, si dovrà confessare che nè i nostri antichi scrittori, nè i compilatori del Codice han voluto prendere alla lettera queste energiche espressioni, e che essi non intesero punto riconoscere la semplice promessa di vendere come una vendita presente.

Nissuno mai, nè nel 1804, nè prima aveva immaginato che la promessa di vendere legalmente equivalesse alla vendita. Nello antico dritto la quistione stava in ciò: se la promessa di vendere obbligasse il promittente in modo da dover necessariamente consentire la vendita; se nel caso che questi negasse di adempirla, si dovesse condannarlo a fare il contratto o ritener la sentenza per contratto; se infine la promessa di vendere *assicurasse* a ciascuna parte *la esecuzione della vendita* promes-

(1) Dalloz (alla parola *Registro*, cap. 1, § 8); Favard (alla parola *Vendita*, § 4); R. de Villargues (alla parola *Promessa di vendita*, n. 13); Duranton (XVI-51); Duvergier (I-124); Zachariae (II, pagina 483-484); Bastia, 28 giugno 1849 (Dev., 50, 2, 257). La decisione di cassazione del 28 agosto 1843 citata da Duvergier, non giudica affatto la quistione, ma dice solo se nella specie che trattava vi era vendita condizionale o pura e semplice.

sa. In questo senso si domandava se la promessa di vendere equivalesse o pur no alla vendita.—Udiamo quelli fra gli antichi scrittori che han fatto rampollare lo errore da noi combattuto: Danty dice che la promessa di vendere importa vendita, perchè obbliga le due parti, le quali dovranno, anche loro malgrado, eseguire quel che han promesso: « La promessa di vendere *è effettivamente una vendita;* poichè *obbliga l'una parte e l'altra... Quod ab initio sponte scriptum, hoc ab invitis compleatur* (*Pruova*, pag. 740) ». Boiceau, stabilito il principio che « la promessa di vendere *è una vera vendita* », così ragiona: « In questo caso non può opporsi la massima che un contratto non ancora perfetto, *può immutarsi* e s'ingannano coloro i quali vogliono farla valere per *le convenzioni in cui si promette di vendere*, dare a pigione, ec.; poichè cotesti contratti *sono intieramente perfetti*, quantunque *ne richiedano un altro* per aver compimento. E appunto per questo Bartolo e Baldo li chiamano *contratti innominati* (p. 737, numero 6) ». — Or se la promessa di vendere è un contratto innominato, non è dunque una vendita; e lo stesso Boiceau poco prima (num. 1) diceva, che questi contratti « *non sono nè vendite*, nò fitti ». Se dunque un altro contratto, cioè la vendita, è necessario per la esecuzione della promessa, questa dunque non è la vendita.

Ciò nonostante si ammetteva che la promessa di vendere lasciava la cosa a rischio di chi prometteva, mentre nel caso di vendita restava a rischio di colui che prometteva di comprare (1). Era questa l'antica dottrina, consacrata dalla giurisprudenza in molte decisioni; altre però, ma ben poche, seguono la contraria idea di coloro i quali ammettono un semplice dritto ai danni-interessi (2).

Dopo tutto questo come dire che il Codice abbia immutato le idee, mentre riproduce le medesime parole? che la sua regola: *la promessa di vendere equivale alla vendita*, debba intendersi altrimenti che il principio di Ferrières, e che il rapporto al Corpo legislativo, in cui dicesi che la promessa *produce tutti gli effetti della vendita* e che è *intieramente simile* voglia dire più di quel che diceano Danty e Boiceau, dichiarando che la promessa *è effettivamente una vendita?*... Risponderemo alla quistione, rassegnando le opinioni di tre scrittori: 1° Portalis, nella sua esposizione dei motivi, detto che la ipotesi *prevista dal* nostro articolo contiene tutto ciò *che in* sostanza forma il contratto di *vendita*, rimanda come a commentario delle sue parole, alla quarta aringa del tit. VI di Cochin: or ecco ciò che in essa si legge: « spesse volte si è giudicato che la promessa di vendita *obbliga le parti*, purchè contenga le condizioni essenziali della vendita; e quantunque dipoi una delle parti avrebbe voluto schermirsi da una simile promessa, la si è sempre *condannata ad adempirla* (Fenet, p. 115) ». 2° Il rapporto al Corpo legislativo, dopo aver detto che la promessa di vendere importa vendita e ne produce gli effetti, aggiunge: « L'uso ne è così antico come la vendita stessa, nè havvi motivo per cui *lo si dovesse* immutare (p. 189) ». 3° Infine, Maleville, uno dei quattro compilatori del Codice, dà principio alle sue osservazioni sul nostro art. 1589 (1434) con questa frase, la quale per se stessa dichiara intieramente la quistione: « Questo articolo *fa finire una grande controversia* fra gli scrittori, alcuni dei quali sostengono *che la promessa di vendere equivale alla vendita ed obbliga a formare un contratto;* altri, *che essa si risolve in un semplice dritto ai danni-interessi.* » E seguitando a parlare nell'articolo seguente della promessa

(1) Pothier (nn. 307 e 478); Bretonnier (sopra Henrys, II, p. 334).

(2) *Vedi* Henrys (II, lib. 4, cap. 6, 9, 40); Brillon (*Dizionario*, alla parola *Vendita*, n. 49); Boniface e la decisione del 1661 da lui citata (II, lib. 2, cap. 1); Bretonnier (sopra Henrys, II, pagina 335); Boiceau (p. 737, nn. 1 e 6); Tiraquello e gli scrittori da lui citati (*tit. fin.*, 1, nn. 42 e seg.); Rousseaud (alla parola *Promessa*); Lapeyrère (lett. V, n. 27); Ferrières (alla parola *Promessa di vendita*).

vendita, e del caso in cui la si faccia n caparre, Maleville aggiunge che trat- ii di caparre date *dietro la semplice omessa di vendere*, e non di quelle date una vendita perfetta (III, pagina 359- 60).

Il Codice adunque non ha voluto fare cuna innovazione, ma solo *conservare* quel ie già era. La controversia a cui egli pose rmine stava in ciò, se la promessa di ndere *contenesse la vendita in germe* l obbligasse *forzosamente al suo ademimento*, o solo ai *danni-interessi*, non ;ià se la promessa dovesse riputarsi come ina vendita perfetta. In questo senso gli scrittori ed il Codice han detto che la promessa di vendere *equivale alla vendita*, cioè *obbliga a formare* il contratto. Questo dice uno dei compilatori del Codice.

E per vero, secondo i principî della ragione e dell'equità, non si sarebbe potuto altrimenti stabilire. Dopochè noi siamo convenuti, io di vendervi, voi di comprare, l tal podere per il tal prezzo *in due anni*, come potrebbe mai la legge infrangere la nostra convenzione, che non è affatto contraria all'ordine pubblico, obbligandoci a sostituirvene nostro malgrado una tutta opposta? Noi dovevamo fare il contratto di vendita in due anni, nel 1856; e la legge potrebbe farsi giuoco della nostra volontà e dire che essa ritiene come già fatto il contratto nel 1854, per la semplice promessa? Ciò non potrebbe essere affatto, e lo stesso Duvergier lo riconosce (n. 125); pertanto, secondo il contrario sistema, appunto così si dovrebbe intendere lo articolo 1589 (1434), il quale non permette l'arbitraria distinzione messa innanzi da Duvergier. Il dotto scrittore si lusingava di vederla adottata dagli altri, ma essa al contrario fu respinta; infatti nelle novelle edizioni di Dalloz e Duranton, e nell'opera di Zachariae si rigetta quella distinzione perchè *non può venire in accordo col senso dato da Duvergier all'articolo*. Bisogna adunque ritenere che la promessa di vendere non forma il contratto di vendita, ma obbliga a formarlo.

VI. — Così la promessa sinallagmatica non dà la proprietà al futuro compratore, ma un semplice dritto ad averla, anche malgrado dell'altra parte, cioè produce in vantaggio dell'acquirente i medesimi effetti che la promessa unilaterale di vendere, del pari che in vantaggio del futuro venditore produce i medesimi effetti che la promessa unilaterale di comprare; poichè questa promessa di ambe le parti di comprare e vendere altro non è che la riunione delle due promesse unilaterali. Or siccome la promessa rende proprietario il futuro acquirente per mezzo della vendita o della sentenza che ne fa le veci, così anche il futuro venditore conserva (nella promessa unilaterale di vendere come sempre), non in dritto, ma in fatto, un mezzo di render vana la vendita, vendendo ad un altro. Per medesimezza di ragione, le servitù, ipoteche o diritti reali consentiti dal futuro venditore nello intervallo dei due atti saranno validi, salvo al compratore a ripeter contro lui i danni-interessi. Infine se le parti si liberassero reciprocamente dall'obbligazione, non vi sarebbe nè vendita nè rivendita, ma una vendita futura che prima si voleva fare e poi più non si volle; sicchè non si deve pagare alcun diritto di mutazione, perchè nissuna vendita si è fatta.

Il contratto sinallagmatico di promessa di vendere, come il contratto unilaterale con cui si promette di vendere o comprare, come il medesimo contratto di vendita e qualunque altro, può farsi o puramente e semplicemente, o a termine, o con condizione. Se si sia stabilito un termine in cui debba esser domandato l'adempimento della promessa, o dal creditore, in quella unilaterale, o da ambi i contraenti, in quella sinallagmatica, e scorra senza che si faccia la domanda, la promessa sarà come non avvenuta, e i due contraenti liberi; nè vi sarà bisogno, come dice Duranton (XVI, 58), di una citazione od altro atto equivalente, poichè la obbligazione era stata contratta per un determinato tempo, scorso il quale essa vien meno (1). Per l'incon-

(1) Pothier (n. 481); Troplong (n. 117); Duver-

tro, allorquando non si indichi un termine, bisogna distinguere se la promessa sia stata unilaterale o sinallagmatica. In quest'ultimo caso (e nell' ipotesi che non abbia avuto luogo alcuna condizione, o se la condizione proposta sia adempita), le due parti restano obbligate assolutamente ed indefinitamente, e ciascuna di esse può, quando che voglia, purchè non sarebbero convenute di svincolarsi mutuamente, obbligar l' altra allo adempimento. Nella promessa unilaterale però, siccome è una la parte che si obbliga, e non la si può lasciare indefinitamente in tale condizione, è necessario che le si dia un termine, sebbene non se ne sia stabilito, e che il debitore non resti sempre obbligato secondo il capriccio del creditore. Tutti van d'accordo su tal punto, ma è sorta quistione se si possa con una semplice citazione di colui che ha promesso, o se sia necessaria una sentenza per istabilire il termine in cui il creditore, ove non prenda una risoluzione, si reputa aver rinunciato al beneficio della promessa, e sciolto il debitore dall'obbligazione. Duranton (XVI-58) e Troplong (num. 117) dicono esser sufficiente la citazione; e per l' incontro Pothier (n. 481) e Duvergier (n. 127) stimano esser necessaria la sentenza. Noi opiniamo, come quest'ultimo scrittore, che vi sia piuttosto un equivoco nelle parole, che discordanza nelle idee. Quegli che ha promesso agirà bene notificando al suo creditore un atto con cui lo intimi a dichiararsi entro un dato termine ; il che non fatto, egli intende disdire la sua promessa; ma se v'ha dubbio sul valore dell'atto (nel qual caso soltanto può sorgere la quistione), i soli tribunali potranno definire, secondo le circostanze, se il termine fosse bastevole o si dovesse protrarre. Essendo così, la citazione non sarà mai efficace che mercè una sentenza posteriore, e il termine stabilito obbligherà il creditore, non perchè scritto nella citazione, ma perchè dichiarato sufficiente nella sentenza.

VII. — Ma se per la genesi del nostro articolo 1589 (1434), non che pei principi del diritto e per le stesse regole dell'equità, la semplice promessa di vendita non si può prendere per una vendita, non per questo essa non può produrre nessun effetto della vendita. Così noi seguiremo con Troplong (n. 131) una decisione della Corte suprema del 2 maggio 1827, per la quale fu giudicato che dal giorno della promessa, non dal giorno del contratto di vendita che è poi seguito, incomincia a correre il termine di due anni consentito al venditore dall'articolo 1676 (1522) onde far rescindere la vendita di immobili per lesione di oltre a sette dodicesimi.

Certo non approviamo i motivi di quella decisione, la quale dice che valendo per vendita la promessa di vendere, la vendita era il primo atto che conteneva la promessa. E non approviamo nemmeno i motivi della Corte di appello, nei quali si legge che « la vendita è perfetta dal giorno della promessa, e che il contratto materiale stendesi poi affin di rendere autentica la vendita ». Non abbracciamo nè pure il motivo dato dal medesimo Troplong, che la promessa di vendere genera l'obbligazione di rilasciare la cosa, come la promessa di comprare genera l' obbligazione di pagare il prezzo. Di cotale inesattezza ha fatto prò Zachariae per il sistema che egli professa insieme con Duvergier, Duranton ed altri, rispondendo a Troplong che se la promessa di vendere genera l'obbligazione di consegnare, genera perciò il trasferimento della proprietà, conforme all'art. 1138 (1092). Difatti io sarò debitore della cosa quando l'avrò venduta, e creditore del prezzo quando altri l'avrà comprata ; il contratto di vendita che dovrà poi farsi, farà nascere le obbligazioni di *rilasciare* e *pagare*; la promessa genera solo due obbligazioni di *fare*.

Ciò nonostante la decisione è esatta in sostanza ; quando ho promesso di vendere per 4,000 fr. un immobile del valore di 12,000 fr., potrò sempre ottenere si annulli la promessa, se non si è per anche

gier (n. 127). — *Vedi* pure Cass., 17 giugno 1839 (Dev., 39, 1, 765), e 25 luglio 1849 (Dev., 50, 1, 520).

steso il contratto; sarebbe assurdo che fossi costretto da una mano all'adempimento della mia obbligazione e dall' altra mi si consenta di far rescindere la vendita, posciachè è conchiusa. Chi ha fatto la promessa di vendita con una lesione di oltre a sette dodicesimi può dunque farla annullare dal giorno stesso della promessa; dunque da quel giorno corre contro di lui il termine dell'azione.

Diciamo in ultimo, che colla semplice promessa di vendere non debba confondersi la vendita, sotto firma privata od anche verbale, in cui le parti avessero stabilito di stendere poi l'atto presso notaro. Bisogna allora, secondo fa osservare Maleville, riconoscere se le parti abbiano voluto subito legarsi, dovendo l'atto notarile servire per una prova autentica di loro precedente convenzione, ovvero far dipendere dall'atto la vendita. In questo caso evvi il solo progetto sino a che l'atto non si sottoscriva, e ognuna delle parti può recederne. Nel primo invece la vendita è perfetta, e sarà efficace se riconosciuta o provata. (Colmar, 15 gennaro 1813).

1590 (1435). — Se la promessa di vendere è stata fatta mediante caparra, ciascuno dei contraenti è in arbitrio di recedere dal contratto; quegli che l' ha data, perdendola; e quegli che l'ha ricevuta, restituendo il doppio.*

SOMMARIO.

I. Nella promessa di vendita le caparre debbono considerarsi come mezzo di disdirsi; se non si provi il contrario. Conseguenze. Osservazioni.

II. Quid *nella vendita? Controversia. Osservazioni sul dritto romano, sull'antico dritto francese, e sui lavori preparatori del Codice. Al postutto la è una semplice quistione di fatto.*

I. — Di ordinario e generalmente dicesi *caparra* una determinata somma (o anche un oggetto qualunque) che nelle vendite o locazioni si dà da una delle parti (per lo più il compratore o il locatario) a fin di garentire lo adempimento della convenzione. Ma ben altro sono nel nostro articolo le *caparre*; poichè elle nella promessa di vendere, anzichè un indizio della irrevocabilità della convenzione e del proposito fermo dei contraenti, si dovranno tenere come prova della volontà delle parti di non essere irrevocabilmente legate, e di potere sciogliere ogni vincolo, col perdere l'una le caparre date, e l'altra una egual somma.

Così, ove si fosse da noi sottoscritta promessa senza caparre, che io dentro un anno vi venderò la mia casa, e voi la comprerete per 10,000 franchi, noi saremmo obbligati, e anche a nostro malincuore dovremmo attenere la nostra promessa; ma se io vi avessi dato una caparra di 500 franchi, potremmo non attenerla, con questo che, non volendo più io, dovrò lasciarvi i 500 franchi, non volendo più voi, dovrete restituirmi i 500 franchi, e darmene altrettanti. Se poi la convenzione ha compimento con un atto di vendita, s' imputerà sul prezzo la somma data per caparra, per modo che nella detta ipotesi io dovrò solo pagarvi 9,500 franchi. Se la promessa rimane inefficace per mutuo nostro consenso, o perchè la cosa perisce, il che rende impossibile la promessa vendita, quella parte

* Anche quando la caparra sia forte e costituisca parte di prezzo, il compratore può sempre sciogliersi rendendo il doppio. C. S. di Napoli, 14 febb. 1832.

— Eletti due periti arbitri per definire il prezzo de' fondi promessi in vendita, e nominato un terzo per dirimere il disparere surto tra i due primi, qualora, morto uno di questi, il terzo perito non abbia avuta la confidenza prescritta dalla legge, la promessa di vendita non ha effetto. C. S. di Napoli, 24 gennaro 1830.

che ricevette la caparra, dovrà restituirla senza aggiungervi nulla del suo; il futuro venditore, nell'ultimo caso, ha perduto soltanto la sua cosa, poichè la casa non ancora venduta perisce per lui. Fa meraviglia che di ciò abbia fatto Duranton (III-263, *infine*) una quistione (1).

Per altro è certo, che sorgendo dalla convenzione o dalle circostanze che le caparre sono state riguardate dai contraenti come indizio della irrevocabilità della promessa, cessa la regola generale, la presunzione legale.

II. — Ma se le caparre accompagnano non una promessa di vendita, bensì una vendita, qual sarebbe il loro effetto, è quistione molto controversa e complicata, ma che secondo noi può sciogliersi semplicemente.

Gli uni, massime Duvergier, vogliono sia da applicarsi alla vendita quanto è detto per la promessa di vendere. Altri stimano invece l'opposto, e specialmente Troplong, ma con varie distinzioni e suddistinzioni. Lunghe discussioni si fon fatte dagli uni e dagli altri per conoscere quale fosse intorno a ciò lo stato ultimo del dritto romano e del nostro antico dritto francese; ma la cosa è molto dubbia. Nel dritto antigiustinianeo le caparre provavano la irrevocabilità della vendita: *argumentum*, diceva Gaio, *emptionis et venditionis contractae*. Giustiniano immutò cotesta regola; Ducaurroy e Ortolan professano al pari che antichi scrittori, come Saliceto e Fachineo, che le caparre importassero una semplice disdetta secondo il testo delle *Instituta*; ma ciò negavano tutti i suoi celebri commentari, Bartolo, Cujacio, Vinnio, Vöet, Pothier; cotalchè la dottrina di costoro avrebbe molto maggiori probabilità dell'altra per renderci il pensiero dei compilatori del Codice.

Nè ci porgono maggiori chiarimenti i lavori preparatori del Codice; il passo del discorso di Grenier al Corpo legislativo, che Troplong (nn. 140, 145) combatte perchè contrario alla sua dottrina, e Duvergier al-lega per sostenere la sua (n. 135), non dice affatto che debba estendersi alla vendita fatta con caparre ciò che è disposto per la promessa di vendere.

Troplong e Duvergier, staccando l'ultimo paragrafo dal precedente, e mutandone la punteggiatura, interpretano male le parole di Grenier che « le caparre determinano il carattere e l'effetto dell'obbligazione, riducendola a semplice promessa di vendere da cui si potrà recedere ». Eglino spiegano che le caparre riducono la vendita a non esser altro che una *promessa di vendita*, da cui si potrà recedere, *mentre* quelle parole significano che le *caparre riducono una promessa di vendita*, che senza esse sarebbe irrevocabile, a non essere altro che una promessa di vendita da cui *si potrà recedere*. — Il qual senso sorge chiaro dalla virgola posta da' due scrittori dopo le parole *promessa di vendere*, mentre non esiste negli atti (donde è chiaro che non si tratta di ridurre l'obbligazione AD UNA PROMESSA, da cui... ma di ridurre l'obbligazione *ad una promessa da* cui *si* POTRÀ RECEDERE), e riesce poi evidente, rattaccattandosi la frase alle precedenti. Grenier (analizzato l'articolo 1589 (1434), che tratta, egli dice, di *un altro atto* che non è la vendita, cioè della *promessa di vendere*, per indicare che la promessa importa vendita), aggiunge in proposito del nostro articolo che « parve conveniente stabilire *una eccezione per una specie di promessa di vendere*, che è *quella* fatta con la caparra ». Passa indi alla frase *sopra*riferita, che tratta non della vendita ma della *promessa di vendita* (2). Inoltre Maleville, che fu uno dei compilatori, ci dice che « in questo art. si tratta di *caparre* date sulla semplice promessa di vendere. e non di quelle date dopo perfezionata la vendita ».

Così il nostro legislatore, determinando l'effetto delle caparre nelle promesse di vendere, non ha dettato, nè implicitamente

(1) Pothier (303); Delvincourt (III); Troplong (136); Duvergier (140).

(2) Fenet, XIV, p. 189, e non già 319, come leggesi in Troplong.

nè esplicitamente, alcuna regola sull'effetto delle caparre nelle vendite. Ma deve forse colmarsi cotesta lacuna? Evvi forse necessità di una regola di dritto speciale e stabilita a *priori?* Certe che no, poichè sarà sempre una quistione di intenzione, che dovrà valutare il giudice in ogni specie, secondo gli usi del paese, il valore delle caparre ragguagliato al prezzo della cosa, le abitudini delle parti, le varie circostanze del negozio. Con questo mezzo egli giudicherà se il danaro od altro valore sia stato dato per indicare la facoltà di disdirsi, o la irrevocabilità della convenzione, o per un a buon conto del prezzo, o se abbia in uno questi due ultimi caratteri.

Pertanto il giudice dovrà riconoscere che nelle semplici promesse di vendere le caparre, tranne non si provi il contrario, sono un mezzo onde disdirsi; ma nelle vendite può egli liberamente indagare secondo sua coscienza, ciò che le parti probabilmente abbiano voluto (1).

1591 (1436). — Il prezzo della vendita deve essere determinato e specificato dalle parti.

1592 (1437). — Può per altro rimettersi allo arbitramento d'un terzo; se questi non vuole o non può fare la dichiarazione del prezzo, la vendita è nulla.

SOMMARIO

I. Il prezzo deve essere in danaro: quistione sull'intendimento di questa regola.
II. Il prezzo deve essere determinato o da determinarsi. Rimando. Schiarimenti.
III. Esso infine deve esser vero. Significato di questa parola: errore di Duvergier, di Zachariae e della giurisprudenza.

I. — Il prezzo è uno degli elementi costitutivi il contratto di vendita, il quale è perfetto quando si convenga sulla *cosa* e sul *prezzo* di essa: *res, pretium, consensus*. Per il prezzo ci vogliono necessariamente tre condizioni: 1° che sia in danaro, 2° che sia abbastanza determinato o da determinarsi, 3° che sia reale. Ciascuna di queste idee involve qualche difficoltà.

Primieramente, il prezzo dev'essere in danaro. Se io vi dessi la mia casa non per la somma di 12,000 franchi, ma per quel pezzo di terreno che voi mi rilascerete, o per un quadro di grande artista, o per uno scrigno di diamanti, noi non faremmo una vendita, ma una permuta, e quindi varî ne sarebbero gli effetti. Non parliamo delle differenze, già molto importanti, che risultano dalla inapplicabilità alla permuta dell'articolo 1593 (1438) (secondo cui il compratore, non essendosi altramenti convenuto, deve pagare le spese del contratto, mentre i due permutanti che sono insieme venditori e compratori, debbono pagare tutti e due le spese) ed anche dell'art. 1602 (1448) (secondo cui le clausole oscure debbono interpretarsi, contro il venditore, mentre nella permuta si dovranno sempre interpretare, in forza del principio generale dell'articolo 1162 (1115) contro colui che stipula ossia in vantaggio di chi esse sono scritte); ma sibbene della differenza importantissima, che deriva dall'art. 1674 (1520). Secondo il quale, colui che vende

(1) *Vedi* sulla quistione, Pothier (*Vendita*, 508); Despeisses (p. 1, tit. 1, sez. 4), e nel nuovo dritto Toullier (VI-16); Maleville (art. 1590 (1435)); Pardessus (II-295); Delvincourt (III, p. 134); Duranton (XVI, 50); Favard (alla parola *Caparre*, n. 2); R. de Villargues (Cod., n. 21), secondo i quali l'articolo 1590 (1435) si applicherebbe alla vendita perfetta. *Sic* Colmar, 15 gennaro 1813. — Ma *vedi* nel senso contrario, Duvergier (135 e seg.); Coulon (II, p. 141); Troplong (141 e seg.), che fanno talune distinzioni secondo che la vendita sia pura e semplice o condizionale. — *Vedi* pure Colmar, 19 giugno 1811; Orléans, 11 giugno 1818.

un immobile per un prezzo minore di cinque dodicesimi del valore reale, può far rescindere la vendita per enorme lesione, laddove colui che permuterebbe il suo immobile per cosa equivalente al terzo o al quarto del suo valore, non potrebbe far rescindere la sua convenzione (art. 1706 (1552)).

Importa dunque conoscere se siasi fatta una vendita o una permuta. Ma non si è di accordo se il prezzo in danaro sia elemento costitutivo della vendita.

Da parecchi scrittori viene insegnato, che il prezzo può essere in danaro propriamente detto, o in cose equivalenti, come una quantità di derrate di cui sia noto il corso, una somministrazione di alimenti in ispecie, ec. (1).

Per lo incontro, Duvergier (n. 147) e Zachariae (II, p. 486) avvisano che nella vendita sia necessario il prezzo in danaro. Le decisioni citate nel primo senso non risolvono affatto la quistione; le parole *vendita*, *prezzo*, *venditore*, *compratore* usate per l'ipotesi prevista, si può ben dire con Duvergier, non avere importanza nelle specie giudicate, nelle quali trattavasi non se l'atto fosse vendita o permuta (o un contratto innominato), ma se l'atto fosse o pur no obbligatorio, in qualunque modo siasi qualificato. Or nella cessione di un immobile evvi o pur no una vera vendita; e debbonsi ammettere i suoi effetti, massime la rescissione per lesione di oltre a sette dodicesimi?

La quistione dobbiamo risolverla con una distinzione che sorge dalla natura medesima delle cose, e che gli scrittori non hanno notato; ed è, se la cosa che si vuol riguardare come prezzo, sia tale da rappresentare una determinata somma riguardo alla cosa ceduta in cambio. Così voi mi date una quantità di ettolitri di frumento, ed io vi dò una quantità di segale (o di orzo o vino od olio), ovvero una quantità di legname, nessuna cosa è prezzo rispetto all'altra, per cui è una permuta. Non potrebbe dunque stabilirsi in principio, che le derrate equivalgano a danaro e costituiscano il prezzo. Ma se per una quantità di derrate o per una rendita perpetua o vitalizia di queste medesime derrate, io vi ceda la mia casa, non vi ho io venduto la casa, e le derrate o la rendita non ne sono esse il prezzo, e non ho io preso per danaro le derrate le quali di leggieri si mutano in danaro? Certo che sì, e il contrario avviso di Duvergier si confuta doppiamente.

Da una mano, se fosse vero, come ei dice, che il prezzo debba essere rigorosamente in danaro, una rendita non *sarebbe* nemmeno un prezzo: avvegnachè *essa non* sia danaro, ma cosa incorporale, immateriale, il dritto di percepire le annualità che si pagheranno in danaro; or il dritto, la rendita non sono danaro, come nè la mia casa (le pigioni della quale si pagheranno anche in danaro); io dunque non potrei costringere colui cui devo una determinata somma, ad aversi in pagamento una rendita equivalente, come nè ad aversi un immobile.

Una rendita non è danaro; ma tutti ammettono, anche Duvergier e Zachariae, che sia pure un prezzo di vendita la rendita perpetua o vitalizia (2).

Dall'altra mano, generalmente si usa chiamar rendita la cessione di un immobile per una vendita ovvero una prestazione di derrate, o di alimenti in ispecie; ed è per questo che i tribunali, come scorgesi nelle citate decisioni, usano sempre in questa ipotesi la qualifica di *vendita*, *venditore* e *compratore*. Non è forse chiaro che i compilatori del Codice, uomini essenzialmente pratici, ed estranei al rigorismo romano, abbiano voluto significare per *rendita e prezzo di vendita* ciò che comunemente si intende? E per qual motivo la legge che soccorre un infelice proprietario, il quale spinto dal bisogno cede per 1,000 fr. in danaro un immobile di 3,000, non soc-

(1) Delvincourt (t. III); Duranton (XVI-119); Troplong (n. 148); Championnière e Rigaud (II-1770). — *Vedi* anche Cass., 5 termidoro anno XIII; Agen, 17 febbr. 1830; Bordeaux, 7 agosto 1849 (Dev., 50, 2, 113).

(2) *Vedi* Zachariae (p. 486, n. 15); Duvergier (p. 170-178) e le molte decisioni citate ed osservate da quest'ultimo.

:orrerebbe del pari colui che non trovando lanaro in contanti, ha ceduto il suo immobile per una quantità di derrate equivalente a 1,000 fr., e che egli ha subito nutato in danaro?

Adunque il prezzo di vendita può essere n una determinata somma, ovvero in cose :he comunemente e nel pensiero delle parti si sono dovute considerare come equivalenti ılla somma.

Del resto, se la vendita si è fatta per un prezzo in danaro (o per altro che possa formare un prezzo), non importa che il prezzo sia incontanente sostituito da altra cosa, anche da un immobile, poichè questo sarebbe dato allora per dazione in pagamento della somma dovuta; non importerebbe nemmeno che in una vendita fatta per un *dato* prezzo il compratore fosse in *facoltà* di dare in pagamento un *immobile,* poichè la somma determinata sarebbe il solo oggetto del contratto, e l'immobile *in facultate solutionis*. Ma se *alternativamente* fossero indicati il danaro e l'immobile, l'indole del contratto sarebbe determinata da quell'oggetto che sarebbe scelto : consegnato, e se fosse l' immobile, il :ontratto sarebbe una permuta.

II. — Secondariamente il prezzo è mestieri sia abbastanza determinato o da determinarsi. Noi rimandiamo a ciò che abbiam detto per la promessa di vendita che si applica pure alla vendita (art. 1589 1434), II).

La legge è troppo assoluta, allorchè dice nell' art. 1591 (1436) che il prezzo deve *determinarsi dalle parti;* proposizione che : poi corretta dall'art. 1592 (1437), in cui soggiunge potersi anche lasciare all'arbitrio li un terzo. Le parti possono nominare anche più arbitri, di che avrebbe potuto farsi a meno se nel discorso di Grenier al Corpo legislativo non si leggesse, come una delle condizioni necessarie, che UN SOLO TERZO *dev'essere incaricato di stabilire il prezzo* (Fenet, XIV, p. 186). Non fa mestieri si :onfuti una tale idea ; anche Maleville, uno dei compilatori, tratta successivamente della nomina di un solo, o di più periti. Bisogna che le parti sieno abbastanza legate onde il prezzo possa essere dipoi determinato senza altro concorso di loro volontà. Se per modo di esempio, le parti detto prima che la vendita si è fatta per un prezzo che *appresso stabiliranno* (con che non sarebbero legati) aggiungessero, e *che sarà stabilito, se vi sia disparere, da un perito indicato da esse* o dal *giudice di pace del cantone*, la vendita esisterebbe, poichè le parti non possono più impedire che il prezzo si determinasse. Sarebbe lo stesso, se le parti non ispiegandosi così positivamente dicessero di riferirsene, occorrendo, al magistrato per nominarsi uno o più periti; ma se nulla avranno detto, il prezzo sarà determinato dal perito o dai periti nominati dalle parti, nè esisterebbe la vendita, se uno di essi si ricusi, muoia, o sia nella impossibilità di far la stima,

Il prezzo può essere perfettamente determinato, ed essere ignorato. Io posso vendervi 10 ettolitri di frumento per il prezzo medio del prossimo mercato di quel paese, o per una somma eguale a quella di questo sacco che non sappiamo nè l'uno nè l'altro. In questo ultimo caso il contratto è aleatorio ; ma la vendita è sempre valida.

III. — In ultimo, il prezzo dev'essere vero. Ciò non avrebbe dovuto far sorgere alcun dubbio. Pure evvi una viva controversia intorno alla verità del prezzo ; e noi abbiamo posto come terza quella che è prima condizione, affinchè potessimo liberamente discutere la quistione.

Si sa da tutti non esservi prezzo serio, prezzo vero, e quindi vendita, 1° quando il prezzo è stato stipulato fittiziamente, senza l'animo di pagarsi ; 2° quando vi è tanta sproporzione fra il valore della cosa e il prezzo che le parti hanno solo indicato per giuoco ; come se dichiarassi venderti la mia casa per *cinque franchi*, *uno nummo*, come dicevano i Romani (1). Ma son forse le sole queste due ipotesi di prezzo

(1) Queste pretese vendite non possono essere che donazioni; difatti si è giudicato che la vendita

illusorio? Troplong (n. 150) lo afferma con energia, e noi lo crediamo al pari di lui; ma Duvergier (nn. 148-149) e Zachariae (II, p. 487), e con essi una giurisprudenza di quaranta anni, ne ammettono una terza. In tal sistema, il prezzo è pur derisorio, essendo così poco per rispetto alla cosa da *non poterlo* riguardare le parti come L'EQUIVALENTE DI ESSA; per esempio, se io vi cedo la mia casa di 12 mila fr. per 2,000, o per una rendita vitalizia di 500 franchi, mentre ella ne produce ogni anno 600, dedotti i pesi (1). Duranton (XVI-100) par che ammetta anche questa dottrina; ma non ne dà alcuna ragione.

Nondimeno, per quanto generale essa sia, affermiamo con Troplong essere erronea; come del resto facilmente proveremo.

E in prima, dicesi in un atto clausola seria, non quella che sia conveniente e ragionevole, ma quella che vuolsi seguire, e che è posta davvero. Una cosa cattiva, sconveniente, sragionevole, può esser fatta con serietà. Un prezzo serio adunque è quello che si stipula *davvero;* e siccome non parliamo da senno quando io dichiaro vendervi per 5 fr. la mia casa che ne val 12,000, così parliamo seriamente quando io sospinto dal bisogno, vi vendo la casa per 2,000 franchi, ovvero quando, affin di procurarvi un gran vantaggio, ve la venda per una rendita vitalizia di 500 fr., mentre ella ne produce 600; quando in breve, per qualunque motivo, io vi venda una mia cosa per un prezzo molto minore del suo valore, ma che conserva una importanza intrinseca e che si vuole positivamente pagato. — E ciò che è di ragione e secondo il senso comune delle parole, non è forse consacrato dai principî del diritto e dallo spirito del Codice? Così, non sarebbe sul serio la permuta del mio podere per un passero; bensì vera, sebbene poco ragionevole e con molta sproporzione, quella del podere per la bella muta dei vostri cavalli i quali valgono il decimo del mio podere. Non sarebbe sul serio la locazione del mio podere che rende 1,200 fr. per lo affitto di un franco all'anno per quattro annate, bensì vera quella del mio podere per lo affitto di 205 franchi. — Or il Codice non dà alla parola *serio* un senso diverso per la vendita da quello che le dà per gli altri contratti. Il Codice vuole un prezzo, ma non dice che debba esser serio; *tale dev'essere* perchè non si possono *volere gli* effetti legali d'una vendita, d'una permuta, d'una locazione, che quando sul serio si è venduto, locato, permutato. In ciò il contratto di vendita non differisce dagli altri, ed è sul serio quando si è riguardato come un affare (non importa convenga o pur no) e si è stipulato da senno. — Se del resto, prendendo la parola *vero* come sinonima *di conveniente*, si dovesse dire che il prezzo non è vero quando è assai poco, bisognerebbe pur dire che l'altro oggetto della vendita non è nemmeno vero quando è poco; se è ridicolo che si dia per un dato prezzo una cosa che ha un valore dieci volte più, è similmente ridicolo che si paghi una cosa dieci volte di più. In ambo i casi evvi la stessa sproporzione e sconvenienza, e siccome si dichiarerebbe nulla non solo (per mancanza di *prezzo vero*) la vendita per cinque franchi della mia casa che ne vale 12,000, ma anche (per mancanza *di oggetto vero*) la vendita d'una mosca per 600 fr., così se nulla deve pur dirsi la vendita per 1,000 franchi della cosa che ne vale 12,000, dovrebbe dirsi anche nulla la vendita per 12,000 fr. di un oggetto di mille.

per un prezzo illusorio, benchè dichiarata nulla come atto oneroso, può esser conservata come donazione, se tale è stata l'intenzione del venditore. Douai, 14 giugno 1852 (Dall., 53, 2, 89). — Noi abbiamo esaminato sotto l'art. 851 (770), n. IV, se sia valida una donazione rivestita dalla forma di vendita.

(1) Poitiers, 23 termidoro anno II; Rig., 2 luglio 1806; Bourges, 10 maggio 1826; Parigi, 25 luglio 1826; Angers, 21 febbr. 1828; Orléans, 21 maggio 1831; Rig., 28 dicembre 1831; Rig., 23 giugno 1841; Douai, 30 nov. 1847 (Dev. 31, 2, 200; 32, 1, 300; 41, 1, 867; 48, 2, 267); Rig., 7 agosto 1849 (Dev., 50, 1, 129). Ma *vedi* in senso contrario, Cass., 16 apr. 1822; Agen, 5 maggio 1829, 17 febb. 1830; Bordeaux, 7 agosto 1843 (Dev., 22, 1, 246; 32, 2, 109; 50, 2, 113).

La contraria dottrina, rigettando questa seconda conseguenza, prova come sia falso il suo preteso principio. Pothier, che essa invoca in suo sostegno, professa invece le idee da noi difese. In tutto il suo paragrafo egli prevede e spiega la nostra vera ipotesi : 1° del prezzo fittizio stipulato senz'animo di riceverlo (n. 18); 2° del prezzo derisorio che consiste nell' *uno nummo* dei Romani (n. 19). Il suo n. 20, ove si è creduto di scorgere la terza ipotesi di un prezzo non vero, ne è invece la negazione, spiegando che la vendita, per quanto sia vile il prezzo, è valido purchè non consista nell'*uno nummo*. L'idea è chiara, da un lato le parole *somma che non abbia* ALCUNA PROPORZIONE *col valore della cosa*, di cui si fa abuso per richiedere una proporzione *conveniente*, debbono intendersi nel senso dell'*uno nummo*, come si rileva dalle parole della stessa frase: *UNA SOMMA DA NULLA*, e dall'esempio porto dall'autore: « *Puta*, se si vendesse una *terra considerevole* PER UNO SCUDO ». D'altro lato Pothier, nel suo n. 21 ed ultimo, spiega che ove il venditore abbia dato la sua cosa *viliore pretio*, per far cosa grata a chi accetta, o sia stato costretto dal bisogno a venderla *per il prezzo che gli si offriva*, il contratto di vendita sarà sempre valido. Il Codice infine cogli art. 1674, 1681 (1520, 1527 MM) dà la più solenne smentita a tal sistema. Infatti quando si è venduto un immobile di 12 mila fr., non per 10,000, 8,000, ovvero 6,000 franchi (che sarebbe la metà del suo valore), nemmanco per 5,000, ma *per meno* di 5,000; gli è manifesto che le parti non han *potuto* considerare il prezzo come *l'equivalente della cosa*; non si è ingannati per PIU' di *sette dodicesimi* cioè per MOLTO PIU' *di metà* sul valore dell'immobile. Dunque se fosse esatta la definizione dataci del prezzo non vero (1), sarebbe nulla quella vendita, fosse pure di cose mobiliari.

Or il Codice, che nelle vendite di mobili non bada se il prezzo sia vile, nelle vendite degli immobili prescrive, non che per la viltà del prezzo sia nullo il contratto, ma che se ne può domandare entro due anni la rescissione o un supplimento di prezzo.

Cotesto sistema è falso, perchè dice radicalmente nulla la vendita, non solo quando il Codice ammette un semplice diritto di rescissione, che può divenire inefficace accrescendosi il prezzo, ma anche quando niente dice la legge. Secondo esso sistema sarebbe anche il simile per le vendite mobiliari, che non si possono affatto rescindere, ed alle volte per le vendite d'immobili. Se a mò di esempio si vende un immobile per una rendita vitalizia che non dà più del prodotto annuale dell'immobile, certo le parti non avran potuto riputar la rendita *come l'equivalente* della cosa ; e se pur questo fosse stato il carattere distintivo del prezzo immaginario, una tal vendita sarebbe nulla, perchè non determinato il prezzo : infatti moltissime delle sopra indicate decisioni sono state profferite in casi simili.

Può ben avvenire, come tutti riconoscono, che una rendita vitalizia, a seconda la giovinezza ed il vigore del creditore, valga la metà del capitale, le cui annualità rappresentano l'interesse : una rendita vitalizia di 600 fr. , può ben valerne 6,000, e rappresentare la metà del valore dello immobile di 12,000 fr., che la costituiva. In questi casi, in cui per legge non si potrebbe chiedere la rescissione della vendita (poichè la lesione sarebbe solo di *sei dodicesimi* e non di *più di sette*), sarebbe radicalmente nulla la vendita, secondo lo strano sistema di cui trattiamo!

Del resto la dottrina di Duvergier e Zachariae, e quella della giurisprudenza non sono perfettamente in accordo; e quantunque i due scrittori approvino le decisioni sopra indicate, pure non ne seguono il principio. Coteste decisioni, giudicando il caso in cui si venda per acquistare una rendita vitalizia, hanno dichiarato nulla la vendita per manco di prezzo, quando la rendita non dava più del prodotto della cosa venduta, muovendo da quest'altra idea, che

(1) Duvergier (I, p. 169, 170); Zachariae (II, p. 487, § 2).

siccome la cosa stessa dava in ogni anno quel tanto che serve a pagare le annualità della rendita vitalizia, sarebbe questa non una vendita, ma una donazione della nuda proprietà della cosa, colla riserva dell'usufrutto. Eppure le decisioni non sono più esatte dei due scrittori nel loro ragionamento.

Il compratore deve soddisfar la rendita tanto sul resto del patrimonio presente e futuro, che sui frutti della cosa comprata; e la dovrà sempre intiera, sia che i frutti della cosa si assottigliassero di metà, sia che la cosa stessa perisse in tutto o in parte per inondazione o per altra causa. Or in quelle decisioni non si badò al gran principio che chi si obbliga, obbliga tutti i suoi beni presenti e futuri (articolo 2092 (1962)). Non si può dire pertanto, che la rendita valeva come una riserva d'usufrutto, poichè in questo caso il compratore non deve di nulla rispondere, sia che la cosa scemi o si perda: la riserva d'usufrutto non è dunque un prezzo. Ma lo è benissimo la stipulazione d'una rendita vitalizia, la quale può essere di un valore più o meno, come qualunque altro prezzo, nel qual caso si dovrà esaminare, 1° se il prezzo è vero, 2° se vile (nella vendita di un immobile); ma alla perfine, per quanto poca sia la rendita, è un prezzo che si paga; sicchè è falso il dire colle decisioni che la rendita vitalizia, non eccedendo i prodotti che dà la cosa, non sia un prezzo, o con Duvergier e Zachariae che il prezzo non sia vero, perchè le parti non han potuto ritenerlo come equivalente della cosa.

In breve, nelle vendite d'immobili debbonsi distinguere quattro specie di prezzo: il prezzo *giusto*, che è l'equivalente della cosa (*vedi* art. 1681 (1527)); il prezzo *puramente convenzionale*, che si allontana più o meno dal giusto prezzo, ma che non può essere minore dei cinque dodicesimi: 3° il prezzo *vile*, cioè così estremamente fuori del giusto, che la legge, non ostante il rispetto per la libertà delle convenzioni, ha creduto suo debito proteggere il venditore contro se stesso: è vile il prezzo se al di sotto dei cinque dodicesimi del giusto prezzo; 4° infine il prezzo *immaginario o non vero*, cioè quello che si stipula fittiziamente e senz'animo di pagarlo, o che è così sproporzionato da non potersi credere che si fosse stipulato da senno.

Nel contrario sistema, tuttochè dicasi di ammettere le quattro specie di prezzo, pure in realtà non se ne ammettono che tre; poichè si reputa come prezzo *non vero* qualunque prezzo che non si è potuto stabilir dalle parti come equivalente della cosa, e si fa rientrare in questo caso il prezzo *vile*.

Anche le sane menti van soggette ad illudersi, e Duvergier e Zachariae fan rimprovero a Troplong di non aver saputo ben distinguere il prezzo immaginario dal vile, quando sono essi appunto che li confondono, e invece Troplong fa di tutto per mantener quella distinzione che sorge così chiara dagli art. 1674-1681 (1520-1527) (1).

1593 (1438 M). — Le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita sono a carico del compratore.*

I. — Il compratore, cui fa di bisogno l'atto di vendita onde provare la proprietà che acquista, deve pagare le spese per la registratura, la trascrizione, gli onorari del notaro, e per tutto ciò che fa d'uopo perchè l'atto sia steso regolarmente.

Egli deve inoltre pagare le spese di liberazione che lo rendono intieramente sicuro. Infine, avuto riguardo alla condizione dei contraenti, l'uno dei quali cerca procurarsi il danaro, e l'altro consente a darglielo, si è ammesso, come presunzione

(1) La quistione è stata da noi svolta più largamente nella *Rivista critica di giurisprudenza*, dispensa 1 del 1851.

* Il nostro articolo 1438 è così espresso: *Le spese... a carico del compratore, salve le particolari convenzioni.*

della volontà delle parti, che il compratore deve parimente pagare le spese eventuali di accesso nei luoghi, di misurazione, ec.

Non così però, allorquando si faccia una convenzione in contrario. Inoltre il compratore potrà a giusta ragione chiedere dal venditore le spese di liberazione, se questi l'ha tratto in inganno mostrandogli l'immobile libero d'ipoteche. Da ultimo, siccome il nostro articolo mira a regolare i rapporti scambievoli delle parti, il notaro, mandatario di esse, potrà farsi pagare o dal venditore o dal compratore, salvo il regresso del primo.

Il notaro userà di questo diritto, quand'anche nell'atto da lui steso siesi detto che la tal parte pagherebbe le spese e gli onorarì; dappoichè tal convenzione ha avuto luogo tra le parti, e non tra esse ed il notaro (1).

CAPITOLO SECONDO

DELLE PERSONE CHE POSSONO COMPRARE O VENDERE

1594 (1439).—Possono comprare o vendere tutti coloro, cui non è vietato dalla legge.*

I.—La capacità di comprare e di vendere è la regola; l'incapacità è la eccezione. Per alcuni la incapacità è generale, per questo come per qualunque altro contratto; per altri è speciale al solo contratto di vendita. Le persone assolutamente incapaci di contrarre, e quindi di comprare e di vendere, sono, secondo l'articolo 1124 (1078), i minori, gl'interdetti e le donne maritate, per i quali possono riscontrarsi i testi che li riguardano, specialmente gli art. 217 e 1449 (206 M e 1413) per le donne maritate, e l'art. 1305 (1259) pei minori, ove abbiamo stabilito, difformemente da quel che dicono Merlin, Demante, e Troplong, essere l'incapacità dei minori diversa di quella della donna maritata, e degli interdetti.—Nei tre seguenti articoli indicheremo le incapacità per il contratto di vendita.

1595 (1440).—Il contratto di vendita non può aver luogo tra i coniugi che nei casi seguenti:

1° Quando uno dei coniugi, giudizialmente separato, cede all'altro dei beni in pagamento dei suoi diritti;

2° Quando la cessione che il marito fa alla moglie, anche non separata, è fondata sopra una causa legittima, come sarebbe il rinvestimento dei di lei immobili alienati o del danaro a lei spettante, se questi immobili o danaro non cadono in comunione;

3° Quando la moglie cede al marito dei beni in pagamento d'una somma da lei promessagli in dote, quando siasi esclusa la comunione:

Salve in questi tre casi le ragioni degli eredi delle parti contraenti, quando ne risulti alcun vantaggio indiretto.**

(1) Cass., 26 giugno 1820; Cass., 15 nov. 1820; Cass., 19 aprile 1826; Cass., 10 nov. 1828; Cass., 20 maggio 1829.

* L'autorizzazione sovrana data a' corpi morali per contrattare un' alienazione, non impone loro l'obbligo di effettuarla, ma li rende soltanto capaci a poterla fare. C. S. di Napoli, 1 aprile 1832.

— La nullità del contratto pel venditore minore non produce la stessa nullità per il venditore maggiore di età. C. S. di Napoli, 18 nov. 1852.

** Il divieto a' coniugi di poter tra loro stipular vendite non è assoluto, ma relativo. C. S. di Napoli, 28 gennaro 1845.

— Non è vietato dalla legge una cessione di taluni beni alla moglie in soddisfazione di ciò che consta essere a lei dovuto, e che tale cessione si faccia nel giorno precedente al decesso del marito. C. S. di Napoli, 17 febbr. 1849.

SOMMARIO.

I. In principio, è proibita la vendita fra i coniugi. Per qual motivo : 1ª eccezione al principio.
II. 2ª eccezione. Quando il marito vende alla moglie per pagarle un debito presente : errori e contraddizioni di due decisioni e di Toullier.
III. La 3ª eccezione può applicarsi in qualunque regola, che non sia la comunione : errore di Delvincourt. Essa non potrebbe applicarsi ad un credito anteriore al matrimonio.
IV. La vendita fatta oltre queste eccezioni, si potrà annullare nei dieci anni dallo scioglimento del matrimonio: controversia.
V. Se la vendita fatta in uno dei casi di eccezione procurasse un vantaggio indiretto, si potrebbe ridurre alla quota disponibile.

I. — Le nostre antiche consuetudini vietavano assolutamente ai coniugi qualunque contratto (1). Meno severo il Codice, proibisce tra coniugi, almeno come principio, il contratto di vendita, per tre motivi cennati da varî scrittori ; poichè se si fosse permesso, i coniugi avrebbero potuto liberamente : 1° farsi ragguardevoli liberalità con vendite simulate, di cui gli eredi non potrebbero sempre provare il vero carattere ; 2° renderle irrevocabili , quando la legge non lo ha voluto (art. 1096 (1050); 3° frodare i loro creditori col far passare i beni del coniuge debitore all' altro coniuge. In principio adunque i coniugi son dichiarati incapaci di vendere e comprare tra loro.

Cotesto principio però va soggetto a tre eccezioni : i coniugi nei tre casi che esamineremo, possono vendere fra loro, o a dir meglio dare in pagamento ; dappoichè l'alienazione è permessa solo per liberare un coniuge verso l'altro.

La prima eccezione riguarda il caso in cui uno dei coniugi dopo la sentenza di separazione di beni, dichiarato debitore verso l'altro per la liquidazione, gli cede taluni beni in pagamento di quanto deve (2). Poco monta se la cessione sia del marito alla moglie, o viceversa, o che i coniugi siano maritati in comunione o sotto la esclusione di essa, o sotto la regola dotale ; poichè la legge non fa distinzione alcuna : appena pronunziata la sentenza di separazione, se dalla liquidazione sorga esser l'uno dei coniugi debitore dell'altro, questi può ricevere in pagamento i beni del primo.

II. — Il Codice deroga inoltre al divieto per il caso in cui il marito faccia una cessione alla moglie, sia per il reimpiego del danaro proprio di lei o dei suoi immobili alienati, sia per altra simile causa.

Trattasi adunque della cessione del marito alla moglie, di cui parla solo la legge, e non di quella fatta dalla moglie al marito : il legislatore ha certo avuto in mente per tal secondo caso (in cui non bada, come nel primo e nel terzo, alle circostanze particolari, ma allo stato ordinario e normale dei coniugi), che era molto a temersi l'ascendente del marito sulla moglie , e le alienazioni che questa gli farebbe a vil prezzo.

Inoltre la eccezione riguarda le cessioni fatte dal marito per il reimpiego degli immobili, o dei danari proprî della moglie, o per altra causa simile. Come è ben chiaro, il nostro articolo indica come esempio il caso di reimpiego ; sorge anche, sia dalle parole *una causa legitima come* il reimpiego (cioè *simile o analoga* ad esso), sia dal raffronto delle due altre eccezioni dell'articolo, che la legge intende parlare della cessione fatta dal marito *debitore*, alla moglie come *mezzo di liberarsi*. Ciò insegnano pure gli scrittori che trattano la quistione (3); e se dubbio ancor potesse sorgere sulla verità di tal dottrina, un' altra

(1) Dumoulin (*sopra Parigi*, art. 156, n. 5); Pothier (*Donaz. tra marito e moglie*, n. 78).

(2) *Vedi* Caen, 4 gennaro 1851; Riom, 24 marzo 1852 (J. P. 53, 2, 219, e 221).

(3) Troplong (n. 180); Duvergier (179) ; Zachariae (II, p. 498). Si è ben giudicato che la ver-

ıova, ed anche più efficace, ricavasi da este parole della esposizione dei motivi, ȝ nessuno ha notato: « I coniugi possono ıdere e comprare fra di loro, allorchè contratto presenti non una vendita proamente detta, ma *un pagamento forzato* ın atto di amministrazione ». Parimente l rapporto al Corpo legislativo in nome l Tribunato leggesi: « Perchè in questi ; casi si sarebbe vietata la vendita tra niugi? *Essendo legittimi i crediti ed esibili*, sarebbe ingiusto vietare *la liberaone* col mezzo di una vendita (Fenet, IV, p. 116 e 191) ». A ragione adunue Duvergier (n.° 179) e Devilleneuve :. N. VIII, 1, 179) censurano una desione di rigetto del 23 agosto 1825, la uale credette legittima la vendita di un nmobile di 20,000 fr. fatta dal marito alla ıoglie, coll' obbligo di pagare 3,918 fr. ovuti dal marito a terzi, e conservare il ppiù pel mantenimento dei figli: in queo caso, la vendita non era legittima, seındo la legge, poichè l'alienazione non ıbe luogo per pagare un debito del mao in faccia alla moglie. Anche Toullier de in più grave errore (fa meraviglia ıe il suo annotatore Duvergier non ne ccia parola, mentre nota quello della desione del 1825), allorchè dice esser leltima la vendita fatta dal marito alla moıe in cambio dei risparmi da essa avuti ıpra i suoi parafernali (XII, 41, 2°). Ov'è questo caso la dazione in pagamento, liberazione, il credito che si estingue? ual bisogno aveva il marito, o quale utile ı ricavato dalla vendita del suo podere? el caso della decisione del 1825, si sabbe almeno potuto dire, che la vendita tta dal marito affin di scaricarsi dell'obigo di mantenere i figli e di pagare i ıoi debiti, era quasi una *datio in soluım* (e difatti la decisione di appello avea reduto che esistesse la *datio in solutum*). Ma nell' ipotesi di Toullier non si poteva sognare questo *qui pro quo*; non solo è illogico, ma anche inescusabile il dire che in tal caso siavi la causa legittima voluta dal Codice, dappoichè essendo unico fine dell'atto l'impiego dei risparmi della moglie, può questa comprare da un terzo come da suo marito.

Ma non si deve esagerare, nè arbitrariamente restringere cotesta eccezione. Se dunque la Corte di Grenoble in tre decisioni successive, ha con molta giustezza dichiarata illegittima la vendita fatta dal marito alla moglie in pagamento della dote di lei, pria che vi fosse stata separazione di beni (dappoichè soltanto colla separazione deve restituirsi la dote, ed il debito del marito può ripetersi), è stata però ingiusta nella seconda delle tre decisioni, aggiungendo al primo motivo, giustissimo, quest' altro, che la eccezione di cui trattiamo può applicarsi soltanto sotto la regola della comunione, e non sotto quella dotale. È questo un errore; l'*esempio* datoci dalla legge per ispiegare la sua regola calza nella comunione, ma la regola non è esclusiva, e se una causa di vendita analoga a quella indicata dal testo vi sia, poco monta se i coniugi sieno maritati colla tale o tal altra regola. In tal senso ha ben giudicato la Corte di Bordeaux, dichiarando valida la vendita fatta dal marito alla moglie per prezzo dei suoi beni parafernali da lui alienati (1).

In questa seconda eccezione adunque la vendita sarà valida se fatta dal marito alla moglie in pagamento d'un debito presente e personale.

III. — La terza eccezione riguarda la cessione fatta dalla moglie al marito in pagamento d' una somma o di un credito che essa aveagli promesso in dote, quando non siano in comunione.

Diciamo d'una somma o *di un credito*,

ta fatta dal marito alla moglie a titolo di reimego dei danari a lei proprî, è valida purchè vi ı un credito presente ed esigibile della moglie ntro il marito; e che non basterebbe un credito entuale, la cui esistenza ed il *quantum* dipenssero da una liquidazione a farsi. Bourges, 14 marzo 1853 (Dev., 53, 2, 512).

(1) Grenoble, 24 genn. 1826, 1° marzo 1831, 10 luglio 1841; — Bordeaux, 1° dic. 1829 (Dev., 30, 2, 66; 32, 2, 55; 42, 2, 8). — *V.* anche Cass., 24 giugno 1839 e 10 luglio 1841 (Dev., 39, 1, 596; 42, 1, 8).

perchè il Codice intende parlar soprattutto del credito sopra un terzo promesso per dote dalla moglie, e che non si esige. Il terzo era stato scritto per questo caso soltanto, e appunto *per estendere* la disposizione a quello in cui la moglie abbia promesso un capitale di..., senza dire d'onde voglia trarlo, si sostituì alle parole *credito recato in dote* queste più larghe *somma promessa in dote* (Fenet, XIV, pag. 5 e 22-23).

Inoltre, la disposizione si applica o si può applicare quando non vi ha comunione tra i coniugi. Pure Delvincourt insegna che l'eccezione riguarda la sola regola dotale, dicendo da un lato, che la legge escludendo la regola della comunione, perchè in tal caso il marito ha il godimento di tutti i beni della moglie, ha voluto escludere anche la semplice esclusione di comunione, in cui il marito gode anche di tutti i beni; e che d'altro lato, siccome la moglie di ordinario nella separazione di beni non reca dote, è ben chiaro che il Codice intenda parlare solo della regola dotale. Cotesta dottrina, puramente divinatoria, è stata generalmente respinta. Come credere infatti che nei testi del Codice o nei lavori preparatori si siano usate le parole *esclusione di comunione*, per indicare *la regola dotale*, e per metter da banda non solo la separazione dei beni, ma anche la stessa *esclusione di comunione?...* Se si osservi attentamente tutto il nostro articolo, si vedrà che la legge, parlando di vendite o dazioni in pagamento, non tratta di una quistione di semplice godimento, bensì del trasferimento, della proprietà della cosa.

Il marito infatti sotto l'esclusione di comunione, e con più ragione nella separazione di beni, non potrebbe forse stipulare che la moglie gli darebbe una somma, di cui egli liberamente disporrebbe, salvo a renderla allo scioglimento del matrimonio? E se la moglie in tal caso non possa dargli la promessa somma, non sarebbe forse giusto permetterle di dare in pagamento al marito un immobile, anzichè costringerla a venderlo ad un terzo? La legge adunque doveva, come fece, escludere il solo caso di comunione, dappoichè, come dice Troplong, sarebbe una donazione e non una vendita il sostituire una somma o un credito, che entrando nella comunione *non si potevano ricuperare*, con un immobile che non dovea entrarvi. Pertanto la disposizione può applicarsi, come generalmente si ammette, in qualunque regola, tranne nella comunione (1).

Or si è chiesto se la moglie, la quale può rilasciare al marito (eccetto *nella comunione*) un immobile in pagamento *della* somma promessagli nel contratto, *possa anche* cedergliela in pagamento di una somma che gli doveva prima del matrimonio. Noi diciamo del no; poichè un tal caso non entra in nessuna delle eccezioni stabilite dal nostro articolo: non si suppone separazione giudiziaria; la cessione non si fa dal marito; infine la somma non era stata promessa in dote: il divieto resta dunque nel suo rigore. Per vero in tal caso si sarebbe dovuto permettere la donazione, come formalmente domandarono Regnaud e Jollivet quando discutevasi il nostro articolo (Fenet, p. 22, 23); ma la loro domanda fu respinta; sicchè si rimase sotto al principio, come insegnano Troplong (n. 182) e Duvergier (n. 182).

IV. — Altre due quistioni dobbiamo esaminare intorno a questo articolo. E in prima, che effetto avranno le vendite fatte tra coniugi oltre alle tre eccezioni ammesse dallo articolo. Tre sistemi ne son venuti fuori. Toullier (*loc. cit.*) insegna che tali vendite debbano riguardarsi come donazioni tra coniugi, le quali potranno sempre rivocarsi dal coniuge che aliena (art. 1096 (1050) e farsi ridurre alla quota disponibile ad istanza degli eredi legittimari. — Troplong (num. 186) e Duvergier (nn. 183-184) dicono doversi distinguere se l'atto sia stato fatto con intenzione di donare o senza; nel primo caso seguono l'opinione

(1) Toullier (XII, 41, 3°); Duranton (XVI-150); Troplong (I-181); Duvergier (I-181); Zachariae (II, p. 499).

Toullier; nel secondo dicono che l'atto ebba annullarsi. Duranton infine (XVI-153) d'avviso che l'atto sia nullo in tutti i asi, e la giurisprudenza ha consacrato la ottrina (1).

Ed è difatti la sola esatta; dappoichè, o coniugi han voluto fare una vendita ve-, o una donazione mascherata; in entrambi casi vi è nullità. Se han fatto una vendita, essa è nulla, come insegnano Troplong e Duvergier, perchè fatta fuori i casi cui la legge permette ai coniugi tal ontratto. Se una donazione coverta, è doppiamente nulla. Da un lato infatti, abbiam visto sotto l'articolo 1099 (1053), che la legge distingue le donazioni mascherate sotto a forma d'un atto oneroso, dai vantaggi semplicemente indiretti, e che le prime on valide tra estranei (purchè non eccedano *il disponibile*), ma nulle tra coniugi. D'*altro lato*, se pure le donazioni fatte sotto a *forma* d'una vendita non fossero nulle ra coniugi, secondo l'art. 1099 (1053), o sarebbero sempre secondo il nostro arcolo; perchè sia valido un atto, che in ondo è una donazione, ma in quanto alla forma una vendita, è necessario che quei che han fatto siano capaci di donare e di vendere; e che l'atto sia in sostanza conforme le regole della donazione, e per la forma quelle della vendita (art. 851 (770), IV *in fine*); ma ciò non entra più per ulla, poichè si suppone un caso in cui coniugi non possono vendere. In breve, atto non può valere come donazione, perchè non ne ha la forma; non come vendita, perchè vietata fra le parti... Chi non accorge che la legge a troncare le mille iti che sarebbero sorte per conoscere se coniugi si avessero fatto una vera vendita, o un atto fraudolento o simulato, ha vietato la vendita tra coniugi; e che sarebbe contrario alla sua volontà non riconoscere colla giurisprudenza la nullità di *simigliante* vendita?

L'atto non è del resto radicalmente nullo, bensì annullabile, cioè è inviziato talmente, per la incapacità delle parti, che queste ed i loro aventi-causa possono farlo annullare dal magistrato. Il termine per agire sarebbe dunque non di trenta ma di dieci anni, secondo l'art. 1304 (1528), che si conterebbero dallo scioglimento del matrimonio, secondo l'art. 2253 (2159).

V. — L'ultima quistione è sul senso dell'ultimo paragrafo del nostro articolo, il quale dice che le tre eccezioni al divieto di vendere fra coniugi si ammettono, salve le ragioni degli eredi di essi coniugi, quando ne risulti alcun vantaggio indiretto. — Gli scrittori avvisano che il vantaggio debba solo ridursi alla parte disponibile ad istanza degli eredi legittimarî (2). Altri giureconsulti, specialmente nelle scuole, opinano che l'atto sarebbe anche nullo in tal caso: ma a torto.

Infatti l'art. 1099 (1053), mettendo in due classi distinte i semplici vantaggi indiretti e le donazioni fatte a titolo oneroso o per mezzo di terzi, dice che quest'ultime saranno nulle, e che le prime dovranno ridursi alla quota disponibile. Se dunque un coniuge, il quale non potrebbe donare all'altro che soli 20,000 fr., gli vendesse in uno dei tre casi di eccezione posti dal nostro articolo per 75,000 fr. un immobile di 100,000, avvantaggiandolo così di 25,000 fr., gli eredi legittimarî del venditore potranno solo chieder la riduzione per 5,000 fr.

Se il coniuge, facendosi riputare debitore dell'altro, e ponendosi in tal modo sotto una delle eccezioni dell'articolo, mentre non lo è, dichiarasse di vendere un bene, che in realtà cede in donazione; in tal caso certamente l'atto sarebbe nullo, come testè dicemmo: però, siccome i coniugi qui sarebbero in apparenza in una delle eccezioni ed in realtà si sarebbe fatta la vendita, coloro che impugnerebbero l'atto dovrebbero mostrare la verità delle cose, provando che l'atto sia una donazione coverta. Se

(1) *Vedi* le tre decisioni di Grenoble, e i motivi di quella di Bordeaux, citate al n. II; inoltre motivi d'una decisione di cassazione del 13 maggio 1817.

(2) Toullier (XII-41); Duranton (XVI-152); Duvergier (I-183); Zachariae (II, p. 499).

la vendita si fosse fatta senza frode, e in una delle ipotesi in cui è permessa, ma contenesse un vantaggio indiretto, attesa la pochezza del prezzo, non sarebbe più una donazione in forma di vendita, ma una vendita vera e permessa, e si potrebbe sol far ridurre il vantaggio indiretto (articolo 1099, § 1, 1496 e 1527 (1053, I e T).

1596 (1441). — Non possono essere aggiudicatarî sotto pena di nullità, nè direttamente, nè per interposte persone:

I tutori relativamente ai beni di quelli di cui hanno la tutela;

I procuratori, per i beni che sono incaricati di vendere;

Gli amministratori, per i beni dei comuni o degli stabilimenti pubblici affidati alla loro cura;

I pubblici officiali, per i beni del demanio, le vendite dei quali eseguiscono mediante il loro ministero.*

I. — La legge in questo articolo dichiara incapaci di comprare quattro sorta di persone, atteso il disaccordo fra il loro interesse, e il dovere che essi hanno di far vendere al maggior prezzo.

1° E in prima i tutori, per i beni di coloro dei quali hanno la tutela. — Cotesta regola deve applicarsi a qualunque tutore, sia a quelli delle persone interdette, o giudiziariamente o per legge, come a quelli dei minori, non che al contutore o protutore, poichè la legge non fa distinzione alcuna. Ciò generalmente si ammette: ma gli scrittori non che le decisioni non sono di accordo se la regola debba anche estendersi al tutore surrogato, al curatore, al consulente giudiziario (1). Secondo noi non ci par dubbio che quella regola debba applicarsi in senso stretto, trattandosi di una incapacità, di una disposizione che deroga al dritto comune, la quale non può estendersi oltre ai casi previsti dalla legge, per quanto siano identici.

Per vero la condizione del tutore surrogato, del curatore, del consulente giudiziario non è la medesima del tutore; sicchè il divieto dovrà a costui applicarsi e non agli altri. Si direbbe invano che il divieto sarebbe anche necessario per costoro: cotesto motivo sarebbe *buono per un legislatore*, allorchè fa la legge, *ma non per chi deve interpretarla*. Così Troplong, il quale sotto l'articolo precedente disse che sarebbe stato necessario di estendere ai crediti anteriori al matrimonio del marito verso la moglie, ciò che dicesi dei crediti nati dal contratto, riconosce che non avendo fatto ciò il legislatore, l'interprete non lo potrebbe. Or come egli stesso vuole elargare questa regola, quando nulla dice la legge?

II. — 2° I mandatarî sono dichiarati incapaci di comprare i beni che sono incaricati di vendere. Su questa seconda regola si è quistionato, se il patrocinatore il quale faccia un pignoramento immobiliare in nome di un creditore, fosse incapace di rendersi aggiudicatario, come è quello che vende giudiziariamente i beni di un minore o di un interdetto in nome del tutore. Troplong (I-188), censurando una decisione di Bourges, che egli crede esser sola (nel mentre è un punto costante in giurisprudenza), si risolve, ma a torto, per la incapacità del patrocinatore. *Il creditore non è il venditore dell'immobile*; sicchè il suo patrocinatore non sarebbe un mandatario incaricato di vendere, nè quindi

* Le donne ed i settuagenarî ed anche la moglie del debitore si possono rendere aggiudicatarî. C. S. di Napoli, 27 maggio 1826.

(1) *Per il sì*: Lione, 7 dic. 1821; Riom, 25 febbraro 1843 (Dev., 43, 2, 317); Magnin (II-1185); Delvincourt (t. III); Troplong (I-187); — *Per il no:* Riom, 4 aprile 1829; Bordeaux, 30 maggio 1840 (Dev., 40, 2, 367); Cass., 21 dic. 1842; Agen, 1 giugno 1853 (Dall., 52, 1, 314; 53, 2, 183); Duranton (XVI-134); Duvergier (I-188); Zachariae; p. 496); Pont (*Rivista critica*, t. III, p. 352); Coin-Delisle (*ibid.*, p. 360).

incapace (1). Ciò sotto il Codice Napoleone; il quale però è stato modificato dalla legge del 2 giugno 1841 intorno alle vendite giudiziarie; e il nuovo art. 711 (797) del Codice di procedura dichiara formalmente che « il patrocinatore istante non può rendersi aggiudicatario sotto pena di nullità. »

3° I sindaci e tutti gli altri amministratori non possono rendersi aggiudicatari dei beni dei comuni o degli stabilimenti pubblici affidati alla loro cura. Anche questa regola deve prendersi in senso stretto: i consiglieri municipali di una comune non ne sono gli amministratori; essi costituiscono semplicemente un corpo deliberante e consultivo, sicchè potranno rendersi aggiudicatari dell'immobile del comune, nel medesimo modo che i componenti del consiglio di famiglia possono comprare l'immobile del minore (2).

4° Infine, i pubblici uffiziali sono incapaci di farsi aggiudicatari dei beni nazionali che si vendono col loro ministero.— Nella discussione al consiglio di Stato si era domandato da Rèal, se il divieto dovesse applicarsi ai prefetti, e Regnaud pretendeva che essi dovrebbero andar soggetti alla regola ove procedessero alla vendita *da se stessi*, e non quando si *facessero surrogare* nelle loro funzioni. Cotesta idea, che par semplicissima a Troplong (n. 191), secondo noi è falsa e da non ammettersi, come anche giustamente ha detto Duvergier (n. 192); poichè colui che surroga il prefetto incaricato di vendere, non sarebbe che un delegato. In fatti fu risposto a Regnaud che per l'incontro *l'articolo dovea applicarsi anche ai prefetti*, affin di *evitare gli abusi e i sospetti* (Fenet, XIX, p. 23).

III.—Il divieto del nostro articolo è stato stabilito, non solo per il caso in cui tutti coloro che la legge dichiara incapaci abbiano comprato direttamente, ma anche se per interposta persona.

Del resto, si ammette generalmente che qui non si possono applicare le presunzioni di interposizione stabilite negli articoli 911 e 1100 (827 e 1054), atteso il silenzio della legge: i magistrati dovranno senza dubbio tenere in gran conto, se l'acquirente o aggiudicatario sia l'ascendente, il discendente, o il coniuge dello incapace; questa però sarebbe una circostanza di fatto, che si dovrà valutare combinandola colle altre circostanze dell'affare, ma non come presunzione di legge (3).

Infine non vi ha chi sconosca che la nullità o a meglio dire l'annullabilità può domandarsi da coloro per cui fu stabilito il divieto, e che quindi la vendita può impugnarsi solo dai minori o interdetti, dai mandanti, dai comuni o stabilimenti pubblici, e dallo Stato, ma non mai dall'acquirente o aggiudicatario (4).

1597 (1442). — I giudici, i loro supplenti, i Regi Procuratori e loro sostituti, i cancellieri, gli uscieri, i patrocinatori, i difensori officiosi ed i notai, non possono essere cessionari delle liti ragioni, ed azioni litigiose che sono di competenza del tribunale, nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullita, dei danni ed interessi, e delle spese.*

(1) Besanzone, 11 agosto 1814; Bourges, 15 febbraro 1815; Caen, 22 agosto 1816; Rig., 10 marzo 1817; Rig., 26 marzo 1817.

(2) Colmar, 8 agosto 1838 (J. P., 1838, 2, 511); Foucart (III-158).

(3-4) Duranton (XVI, 138 e 139); Troplong (193 e 194); Duvergier 193 e 194); Rig., 4 apr. 1837; Rig., 3 apr. 1838 (Dev., 37, 1, 332; 38, 1, 368).

* Il patto *de quota litis* è quello la cui mercè il difensore di una lite ne diviene cessionario in una certa e determinata porzione a titolo di compenso, non già quello col quale il patrocinatore stipula per se il diritto ad esser soddisfatto, dopo la vittoria della causa, delle spese che anticipa, e di un sussidio accordato alla parte, su quanto spera ottenere dal magistrato con la lite medesima. C. S. di Napoli, 11 giugno 1850.

— La cessione di un diritto litigioso di competenza del tribunale presso cui il patrocinatore cessionario esercita le sue funzioni, non è valida sol perchè il cedente non abbia altri mezzi per pagare il suo debito. C. S. di Napoli, 7 giugno 1853.

SOMMARIO.

I. — Cotesto articolo ha dato luogo a moltissime e delicate quistioni, per le quali gli scrittori e la giurisprudenza sono andate in varie sentenze. Noi ce ne intratterremo, riguardandole sotto queste tre idee generali : 1° quali persone esso riguardi ; 2° quali diritti comprenda; 3° come debba intendersi la nullità da esso stabilita.

E in prima, quali persone riguarda il divieto del nostro articolo? Non vi ha dubbio che sotto la denominazione di *difensori uffiziosi* van compresi non solo i procuratori dei tribunali di commercio, i quali, senza titolo ufficiale , sono veramente difensori uffiziosi , ma anche gli avvocati i quali, aboliti al tempo della rivoluzione , e rimessi dopo pubblicato il Codice Napoleone, furono indicati legalmente quali difensori uffiziosi allorchè si compilava il nostro articolo. Inoltre, sotto la denominazione di *Giudici* ed altre persone che assistono presso un *tribunale*, la legge comprende pure le persone che assistono presso una *Corte*; e ciò non solo, come dice Troplong (n. 198), si deve ricavare dallo spirito della legge, per medesimezza di ragione, e perchè si sarebbe dovuto temere l'ascendente di persone accreditate, l'abbiezione di uffici onorevoli, la dimenticanza dei doveri della professione; ma perchè la legge stessa ne parla. Infatti l'organica giudiziaria, allorchè promulgavasi il nostro titolo (16 marzo 1804), non conosceva altri che *giudici e tribunali* (di prima istanza, di appello o di cassazione), e solo dopo poco tempo furono introdotte le denominazioni di *consiglieri* e di *Corti*. Pertanto del pari che i magistrati, avvocati, patrocinatori, ec., di un tribunale sono interdetti per ciò che è di competenza di esso tribunale, i magistrati, gli avvocati, i patrocinatori, ec., di una Corte di appello sono anche interdetti per tutta la giurisdizione di essa Corte, e i magistrati, gli avvocati e cancellieri della Corte di cassazione sono interdetti per tutta la Francia, e per le Colonie. Infine la disposizione deve anche estendersi ai componenti i consigli di prefettura, e il Consiglio di Stato, per le liti, ragioni ed azioni litigiose che sono di loro competenza, poichè essi sono dei *tribunali*, dei *giudici* amministrativi (1).

Ma non bisogna estendere troppo oltre il divieto. Se i magistrati , gli avvocati, patrocinatori, ec., di una Corte di appello non possono acquistare i dritti litigiosi che sono di competenza di essa Corte, potranno bensì acquistare quelli, su cui debba statuire in ultima istanza un tribunale di circondario dipendente da essa, poichè in tal caso il dritto litigioso non è della sua competenza. Certo in buona coscienza non si dovrebbe fare un tal contratto; ma al postutto la legge non lo vieta. Parimente, quegli che esercita il suo ufficio presso un tribunale di circondario, può legalmente acquistare il dritto litigioso su cui debba statuire un altro tribunale dipendente dalla medesima Corte. Pure una decisione ha giudicato il contrario (2), ma è un errore: infatti una decisione posteriore e tutti gli scrittori (3) lo hanno respinto, perchè come dice Troplong) degli 11 prairiale anno XIII.

(1) *Vedi* intorno a ciò, Bourges, 30 luglio 1828; Lione, 10 luglio 1839 (Dev. , 32 , 2 , 364; 40, 2, 104); Duvergier (I-196); Troplong (I-198) ; Duranton (XVI-144).

(2-3) Decisione d'Amiens (e non di Parigi , come dice Troplong) degli 11 prairiale anno XIII. — Colmar, 11 marzo 1807; Tréves, 24 giugno 1808. Delvincourt (t. III); Carrè (*Competenza*, I-165); Duranton (XVI-144); Troplong (I-199) ; Duvergier (I-198); Zachariae (II, p. 572).

dannato non solo dal testo del nostro articolo (il quale parla solo dei diritti che sono di competenza del tribunale presso cui il cessionario esercita le sue funzioni), ma anche, e perentoriamente, da' lavori preparatori. Infatti il Tribunato, allorchè gli si comunicava officiosamente il nostro titolo, propose di estendere il divieto del nostro articolo, il quale allora non comprendeva nemmeno i notari.

« La Sezione propose, dicevasi, di estendere il divieto ai notai. Propose anche di estenderlo di più, con dire : *i diritti che sono di competenza* DEL TRIBUNALE DI APPELLO NELLA CUI GIURISDIZIONE *le persone esercitano le loro funzioni* (Fenet, XIV, p. 87) ». La prima elargazione fu ammessa, ma non la seconda, sicchè per un tal punto non ci è a dubitare.

II. — Or quali diritti comprende il divieto? L'articolo parla delle ragioni litigiose, e siccome il Codice, parlando di un'altra regola che noi appresso studieremo, dichiara che la cosa si reputa litigiosa, quando vi sia *lite e controversia sul merito di essa* (art. 1700 (1546)), la Corte di Rouen ha detto in una decisione del 27 luglio 1808, che il nostro articolo deve applicarsi soltanto ai diritti pei quali si faccia lite. Ma anche questo è un errore. La regola dei tre articoli 1699-1701 (1545-1547) differisce dalla nostra, non solo perchè meno severa e perchè mira ad altro scopo, ma anche in quanto all'oggetto, poichè si applica solo alle cose sul merito delle quali vi sia lite e controversia, mentre il nostro art. 1597 (1442) si applica a qualunque diritto che sia o che possa essere litigioso. Gli è vero che non era questa la opinione del Tribunato, allorchè compilavasi il Codice : il Tribuno Faure, nel suo rapporto (Fenet, p. 156), disse che la definizione dell'art. 1700 (1546), doveasi applicare anche alla nostra ipotesi, e il tribuno Grenier, come bentosto vedremo, pareggiava nel suo rapporto le due regole. Ma non per questo si giustificherebbe la idea. Essa infatti, da un lato immuterebbe l'antico diritto, e il consiglio di Stato ne avrebbe dovuto parlare, come fece sotto l'art. 1700 (1546) : ma di tal mutamento nemmeno una parola nè nella discussione al Consiglio, nè nella esposizione dei motivi, nè nell'analisi di Malleville.

D'altro lato, il contrario si prova positivamente e dalla esposizione dei motivi, in cui formalmente si dice che trattasi qui, come nelle antiche ordinanze, dei diritti *che sono o* POSSONO ESSERE *litigiosi* (Fenet, p. 117), e dal nostro medesimo articolo, il quale estende il suo divieto per le *liti*, *ragioni* ed *azioni litigiose*; sicchè se si volesse applicar la regola al caso in cui vi sia pendente un giudizio, la si restringerebbe alle sole liti. Le ragioni litigiose son dunque quelle per le quali può nascer quistione, il che deve valutarsi dai giudici del fatto; e ben a ragione la contraria idea messa innanzi dalla Corte di Rouen è stata respinta dagli scrittori e dalle decisioni (1).

Il nostro articolo inoltre è anche più severo degli art. 1699-1701 (1545-1547 M), in quanto che non soffre alcuna eccezione. Dopo aver detto negli art. 1699 e 1700 (1545 e 1546), che allorquando vi sia cessione d'un diritto litigioso, cioè d'un diritto sul merito di cui vi sia lite e controversia, il debitore cesso può farsi liberare dal cessionario, rimborsandogli il prezzo reale della cessione, per poco che sia, il Codice aggiunge nell'art. 1701 (1547 M) che questa facoltà cessa nei tre casi in cui la cessione si fondasse sopra un motivo legittimo, come quando si faccia ad un creditore per pagamento di ciò che gli è dovuto. Zachariae intanto (p. 573, nota 7), fondandosi sulla dichiarazione del tribuno Grenier (Fenet, p. 205), opina che in tali casi la regola del nostro art. 1597 (1442) debba soffrire le stesse eccezioni di quella dello articolo 1699 (1545). Ma anche questo è

(1) Delvincourt (t. III); Duranton (XVI-141); Carrè *Competenza*. I-165); Troplong (I-200); Duvergier (I-199); R. de Villargues (*Diritti litig.*, n. 15); Zachariae (II, p. 572, nota 3); Rig., 8 frim. anno XII; Besanzone, 12 maggio 1808; Lione, 10 luglio 1839 (Dev., 40, 2, 104).

un errore; che anzi la quistione (non preveduta nè da Troplong nè da Zachariae) deve risolversi in senso contrario. E invero è molto strano che Zachariae abbia ciò potuto dire, mosso dalla dichiarazione formale fatta nel discorso del Tribunato, quando appunto egli stesso, poche righe prima, avea messo da canto, ed a ragione, la dichiarazione parimente formale del rapporto di Faure al Tribunato sulla precedente quistione, riconoscendo, come gli altri scrittori, essere del tutto differenti le due regole.

La quistione adunque deve esaminarsi senza far conto dell'opinione di alcuni tribuni; e si vedrà non esser affatto dubbia. Infatti, trattasi qui di eccezioni scritte per la regola dell'art. 1699 (1545) del tutto diversa, e le eccezioni non possono estendersi da un caso all'altro. Inoltre la legge non doveva nè poteva applicare al nostro articolo queste eccezioni, poichè il motivo dell'art. 1699 (1545) non regge punto per l'articolo 1597 (1442). Così, per esempio, se nei casi ordinarî sembra naturalissima la cessione d'un diritto litigioso fatta dal debitore al creditore per pagarsi, quando questi non sia altro che un semplice cittadino, di cui nulla avrebbe a temere il terzo debitore, per l'incontro sarebbe riprovevole la cessione fatta al giudice d'un tribunale che deve giudicare sul diritto litigioso. Il giudice adunque non può affatto acquistare il diritto litigioso su cui deve statuire. I medesimi motivi del nostro articolo sono in urto colle eccezioni indicate dall'art. 1701 (1547); e bene a ragione Duranton, e la sola decisione che ne abbia giudicato, risolvono in questo senso la quistione (1).

Da ultimo si è domandato, per conoscer sempre a quali diritti debba applicarsi il divieto, se l'articolo si estenda alle convenzioni conosciute sotto il nome di patti *de quota litis*. Così dicesi il contratto con cui il creditore d'un diritto litigioso ne cede una porzione, *una quota* (la metà, il terzo, il quarto) a un terzo, in pagamento delle fatiche di lui per ottenere il pagamento del credito. — Duvergier (I, n. 201) dice del no, perchè questa non sarebbe una vera vendita: e di vero la cessione in tal caso non si fa per una determinata somma, ma al contrario in compenso di fatiche, in modo che sarebbe piuttosto una locazione d'opera. — Noi però non la pensiamo come lui. Certo non sarebbe questa una vera vendita; ma abbiamo già visto (quantunque il nostro articolo e i precedenti siano posti nel titolo della vendita e sotto la rubrica *delle persone che possono comprare o vendere*) che la legge non intende proibir solo le vendite propriamente dette; infatti l'articolo 1596 (1441) proibisce tra coniugi, anche sotto il nome di vendita, le semplici dazioni in pagamento. Il Codice adunque intende parlare nella sua rubrica, sia della vendita, sia dei contratti che in quanto ai loro risultamenti producano effetti analoghi a quelli della vendita, non che i medesimi inconvenienti. Tali sono le convenzioni de *quota litis*, che, come le vendite di diritti litigiosi, sono state sempre vietate alle persone di cui parla il nostro articolo (2). Il quale del resto comprende tutti i *cessionari*, e quegli che acquista col patto *de quota litis* è anche un *cessionario* come colui che compra: i compilatori del Codice l'intesero anche in tal modo, infatti Malleville, nell'analisi del presente articolo (III, p. 365), parla appunto del patto *de quota litis*. Così pure ha giudicato la Corte di Douai, innanzi cui soltanto si è agitata la quistione (3).

III. — Infine dobbiamo vedere in che modo debba intendersi la nullità stabilita dal nostro articolo per le cessioni di cui trattasi. Tre sistemi si son posti in campo: 1° Duranton (XVI-115) dice che la nullità è puramente relativa, e che può invocarsi solo dal terzo debitore ceduto, nel cui interesse fu stabilita, e non mai dal cessionario o dal cedente; 2° Zachariae (II, p. 573) ammette che la nullità sia relativa, ma niega il diritto di invocarla al solo cessionario; 3° Duvergier infine, sem-

(1) Duranton (XVI-112), Nîmes, 25 maggio 1840 (Dev., 40, 2, 539).

(2-3) Prévôt de la Janès (II, p. 218); Troplong (I-196); Douai, 18 marzo 1843 (Dev., 43, 2, 411).

bra che Troplong (n. 169) sia della sua opinione (ma però non si spiega) sostiene (I-200) che la nullità sia assoluta, perchè interessa l'ordine pubblico, e che quindi può invocarsi da tutti gl'interessati, dal cessionario come dagli altri.

Secondo noi, quest'ultima dottrina deve seguirsi. Poichè il divieto non mira solo a proteggere i terzi debitori, ma anche a conservare la dignità della giustizia, e di conseguenza riguarda l'ordine pubblico, non che l'interesse di tutti e dei singoli. Con ciò si condanna non solo la dottrina di Duranton (respinta anche da una decisione di rigetto del 14 nevoso, anno XII), ma pure quella di Zachariae, poichè la nullità può domandarsi da tutti gl' interessati, riguardando l'ordine pubblico. La massima invocata da Duranton *nemo ex delicto suo actionem consequi debet* non entra qui affatto. — Certo non si può acquistare un dritto per mezzo di un atto illecito, di un delitto; ma appunto da ciò sorge il contrario: se il contratto è illecito, nè il cedente nè il cessionario possono domandarne lo adempimento: esso sarebbe nullo, come non avvenuto sì per l'uno che per l'altro, e quindi tutti e due possono e devono domandarne la nullità. Se si volesse privare una parte del diritto di domandarne la nullità, permettendo all'altra di costringerla allo adempimento, in tal caso il delinquente avrebbe un'azione, un diritto che sorgerebbe dal suo fatto illecito!... L'obbligazione sopra una causa illecita non può produrre *alcuno effetto* (art. 1131 (1085)). — Or se si negasse al cedente o al cessionario di domandare la nullità di una simile convenzione, costringendoli agli obblighi che essa ingenera, si farebbe con ciò produrre effetto al contratto, che non ne può produrre alcuno, come giustamente dice Troplong.

Il contratto non obbliga alcuno; esso è nullo radicalmente, ed è per legge come non avvenuto (articolo 1131 (1085), II, e 1133 (1087), II).

Eppure Duranton al postutto riconosce ciò implicitamente, rigettando, senza neppure andarsene, il preteso principio che egli prima avea stabilito: dopo aver negato (§ 1) al cedente il diritto di domandare la nullità, egli poi dice (§ 3) che se il debitore ceduto, contro cui agisca il cedente, pretendesse non avere questi diritto contro di lui poichè egli lo ha ceduto, il cedente potrebbe rispondergli *non esservi trasporto*, *perchè nulla la cessione*. Ma con ciò non si invoca la nullità!

La convenzione, diciamolo anche una volta, è radicalmente nulla, e quindi per legge inesistente. Da ciò sorge: 1° che nessuna delle parti può costringere l'altra all'adempimento; 2° che il cessionario, se abbia pagato il suo prezzo, può ripeterlo come indebito, restituendo quel che abbia ricevuto del debitore cesso; 3° che il cedente può alla sua volta ripetere dal cessionario quel che abbia ricevuto dal debitore, rimborsandolo dal prezzo della cessione; 4° che il debitore può rispondere all' azione del cessionario, accettandolo come mandatario del suo creditore, o rigettarla invocando la nullità della cessione; 5° che se questo debitore opponesse al cedente la sua stessa cessione per sostenere che non fosse più suo creditore, questi lo potrebbero costringere a pagare provando che la cessione sia per legge come non avvenuta.

Or può avvenire che la cessione sia insieme sotto la ipotesi del nostro articolo, e sotto quella dell' art. 1699 (1545). Se allorquando si faccia la cessione vi sia lite sul merito del diritto, senza che si incorresse in una delle tre eccezioni dell' articolo 1701 (1547), potrebbe il debitore, usando la facoltà datagli dall'articolo 1699 (1545), liberarsi pagando il prezzo della cessione, per poco che fosse?

La quistione è nata, poichè essendo radicalmente nulla la cessione, par che il cedente e il cessionario potrebbero rispondere al debitore ceduto come inammissibile sia la sua pretensione, attesochè per legge non v'ha cessione. Ma con ciò i delinquenti trarrebbero prò del loro delitto in danno del debitore. Se il cedente e il cessionario fossero soltanto in colpa di aver contratto intorno a un diritto litigioso (al che

fare erano capaci) , il debitore cesso godrebbe del beneficio dell'art. 1699 (1545); e come si potrebbe poi privarnelo allorchè quelli commettessero il secondo torto, più grave del primo, per dar loro anzi un vantaggio? In principio il cedente e il cessionario possono invocare la nullità; ma essi non lo potrebbero punto se si trattasse di ricavarne un beneficio che senz'essa non avrebbero , poichè allora ciò sarebbe *actionem ex delicto consequi*. Del resto, siccome il cessionario è in colpa più di tutti, siccome per lui specialmente è stabilito il divieto , il nostro articolo dice lui tenuto alle spese e ai danni-interessi, a lui dunque si dovrà far sostenere la perdita, e se si fosse ceduto per 2,000 fr. un diritto di 4,000, liberandosi il debitore col pagamento di 2,000, il cedente potrebbe obbligare il cessionario a rimborsarlo del dippiù.

CAPITOLO TERZO

DELLE COSE CHE POSSONO VENDERSI.

1598 (1443). — Si può vendere tutto ciò che è in commercio, quando leggi particolari non ne abbiano vietata la alienazione*.

SOMMARIO

I. Non possono vendersi le cose fuori commercio. Fra le quali si annovera la dimissione di un ufficio pubblico, che non sia di quelli di cui parla l'art· 91 della legge del 1816.

II. Le opere di ingegno non sono anche fuori commercio sotto qualche rapporto: conseguenze.

III. Proibizioni, e restrizioni di vendere alcune determinate cose che sono in commercio.

I. — Non si possono vendere: 1° le cose che per la natura loro medesima sono fuori commercio; 2° quelle che da qualche speciale disposizione di legge è stato vietato di alienarsi.

È ben più facile conoscere che definire quali siano le cose per loro natura fuori commercio : per alcune non vi ha il menomo dubbio , per esempio le cose pubbliche, dello Stato o dei comuni (vedi il commentario degli art. 538 , 542 (463. 467)); per altre però son venute fuori molte e dibattute quistioni.

Si è molto controverso in giurisprudenza se il titolare di uno ufficio pubblico (che non sia di quelli che possono trasferirsi se-

* Dispaccio, 30 giugno 1799. — Proibiva la vendita ai particolari dei titoli di nobiltà di qualunque grado sieno , senza lo assentimento del Sovrano.

— R. 24 sett. 1817. — Ordina 1° Che cumulandosi nel capo di qualche famiglia diversi titoli, questi non potessero arbitrariamente intestarsi agli individui della famiglia stessa, nè in qualunque modo distrarsi anche a favore dei collaterali senza un'espressa sovrana disposizione. Sono eccettuati solamente da queste disposizioni i casi in cui il capo di qualche famiglia per consuetudine permette, che durante la sua vita uno dei suoi titoli sia portato dal figlio primogenito , o da chi ne tiene luogo. 2. Che coloro i quali hanno comprato dopo la abolita feudalità de' fondi, cui trovansi annessi dei titoli , non potessero appropriarsi i titoli medesimi, ed avendo acquistato tali fondi prima della feudalità abolita , non potessero appropriarsi i titoli annessi se non sieno garentiti dalle leggi, o dal particolare assenso di S. M. 3. Che tutti i titoli assunti o appropriati sinora negl'indicati modi riguardandosi come risultanti da un atto meramente arbitrario ed abusivo, non dovessero ulteriormente usarsi.

— R. 4 marzo 1828. — Ha S. M. risoluto per massima, che il marito di una donna titolata possa far uso personalmente del titolo di cui gode la di lui moglie, durante però la costanza del matrimonio o del di lui stato di vedovità , salvo i cambiamenti che S. M. giudicherà di fare nella nuova legge della nobiltà.

— Rescr. 6 nov. 1847. — La cessione dei maritaggi è vietata ; e gli atti che potrebbero farsi in contraddizione di ciò, sono riputati nulli e di niun effetto , e le somme individualmente assegnate al pagamento di tali dotaggi sono insequestrabili a similitudine de' soldi e degli alimenti.

condo la legge del 28 aprile 1816) possa vendere la sua dimissione per una determinata somma. Secondo noi si deve rispondere del no; sarebbe questa per noi, come per Troplong una convenzione contraria all'ordine pubblico, nè sappiamo comprendere, del pari che Duvergier, come alcune Corti abbiano potuto dichiarare valide simili convenzioni. Un funzionario non è rivestito della sua carica per l'interesse di tutti? Allorchè dà la sua dimissione non deve egli avere unicamente in pensiero, come il Governo, che il suo posto sia occupato non dal candidato che più lo paga, ma dal più meritevole e dal più degno? non deve egli a ciò mirare con ogni suo sforzo? Per vero è ben difficile che così avvenga in fatto, però noi dobbiamo esaminare i principî del diritto, e non i fatti. Or è chiaro che secondo i veri principî il cittadino che riceve o dimette un ufficio, come il Governo che lo dà o lo riprende, devono avere unicamente di mira la pubblica utilità. Se così è, come si potrebbe dar luogo ad un contratto pecuniario, ad un traffico della dimissione? Chardon dice che l'ufficio è una cosa fuori commercio, ma pretende (o meglio suppone, senza darne alcuna buona ragione) che la dimissione non sia tale: è questo un errore. La dimissione non può essere in commercio, nè in quanto all'ufficio, poichè la rinunzia ha luogo per motivi di morale, nè in quanto all'emolumento che se ne ricava, il quale è il compenso che si dà per lo esercizio della carica, e che si perde da colui che se ne smette: sicchè (oltre a qualunque altro motivo) colui che pone a traffico cotesto emolumento dispone di una cosa non sua. La dimissione deve aver luogo tra il funzionario e l'autorità.

Perchè un atto formi una convenzione di interesse privato, un contratto pecuniario è necessario in prima che si faccia tra persone private: questo appunto mancherebbe nel caso nostro; la dimissione può aver luogo soltanto tra il titolare che la cede e l'autorità che la riceve; non può quindi essere un atto di commercio. A ciò si fa eccezione dalla legge del 1816, la quale sostituendo alla dimissione semplice ed assoluta quella fatta nominatamente in vantaggio del tal candidato, a condizione che questi e non altri sarebbe nominato, permette anche di formare due atti, uno fra il titolare ed un privato, e l'altro fra il titolare e lo Stato (che può sempre, a chi vuole, conferire l'ufficio); il primo dei quali è una convenzione privata, un contratto pecuniario intieramente legale. Ma la eccezione ribadisce la regola; e sarà quindi impossibile qualunque contratto pecuniario in tutt'i casi non preveduti in essa legge. Il nostro antico diritto inoltre fa pruova della verità del nostro assunto; nel tempo che non si ammetteva che gli ufficî fossero venali, cotesti contratti erano vietati nell'istesso modo che la vendita stessa dell'ufficio; si trova sempre pareggiato al divieto di comprare e vendere gli ufficî, il divieto di ogni contratto venale fra colui che si dimette e l'aspirante.

L'art. 33 dell'ordinanza del 1407 vietava agli ufficiali DI CAVARE ALCUN VANTAGGIO DALL'ABBANDONO DEI LORO UFFICII; l'articolo 54 di quella del 1450 DI RICEVERE ALCUNA PROMESSA O DONO A FIN DI FARE OTTENERE UN UFFICIO, sotto pena di pagare il quadruplo di ciò che loro era stato promesso o dato, e di esser puniti severamente; l'art. 68 di quella del 1493 ordinava che *nessuno potesse comprare* l'ufficio di presidente, consigliere, od altro, NÈ, *per ottenerli*, *DARE O PROMETTERE DANARO*, e che A TAL UOPO il candidato fosse obbligato A PRESTARE GIURAMENTO SOLENNE, PRIMA DI ESSERE ISTITUITO; infine l'art. 100 dell'editto del 1579 ordinava che tutti coloro i quali DIRETTAMENTE O INDIRETTAMENTE vendono gli uffici, perdessero il prezzo e fossero condannati al doppio, e che coloro i quali li hanno *comprato o fatto comprare*, *DANDO O PROMETTENDO PER OTTENERLI*, ne fossero privati, e dichiarati indegni ed incapaci di occupare alcuno ufficio regio... Qualunque traffico intorno alla dimissione è dunque pareggiato alla vendita dell'ufficio, e ben a ragione; poichè chi non si accorge che vendendo la dimissione di un ufficio che non si può vendere, io

vendo l'ufficio stesso, mentre non potrei? Non v'ha dubbio pertanto che simili contratti sono radicalmente nulli, come tutti gli scrittori, eccettone uno, riconoscono (1).

Da ciò siegue che il prezzo pagato per eseguire un tal contratto può ripetersi durante trent'anni, come pagamento d'indebito, secondo l'art. 1376 (1330). Delvincourt (tit. II) e Toullier (VI-126) pretendono che non si possa affatto ripetere, atteso la natura illecita della convenzione: noi abbiamo ciò confutato sotto l'articolo 1133 (1087), numero III. Ivi abbiamo dimostrato che la giurisprudenza aveva prima ammessa cotesta idea così strana, come si scorge anche nella decisione testè citata del 18 novembre 1837, ma che dopo il 1844 l'ha rigettato costantemente (2). Oltracciò si potrà ripetere, checchè nè dica Duvergier, quand'anche colui che abbia pagato avesse ottenuto l'ufficio; poichè questo egli non lo ha ottenuto dal dimissionario per la somma pagata, ma dall'autorità; nè per questo verrebbe meno la nullità radicale del contratto e del pagamento indovuto che lo ha seguito. I tribunali potranno certamente decidere, secondo le circostanze, se il dimissionario abbia sofferto danno dalla promessa dell'altra parte di dargli una somma, purchè dimetta; e condannarla, giusta l'articolo 1382 (1336), a pagare al dimissionario una somma uguale a quella che ripete; ma sarebbe errore, e si violerebbe lo art. 1376 (1330), se si dicesse con Duvergier che non si possa ammettere la ripetizione.

II.—Havvi inoltre una specie di cose che non sono assolutamente nè in commercio, nè fuori commercio; cioè le opere d'ingegno, le composizioni letterarie, scientifiche, artistiche. Spesso udiamo a dire che il tale scrittore ha venduto all'editore l'opera sua, che gliene ha ceduto la proprietà: un tal linguaggio non bisogna prendersi alla lettera e in senso assoluto, poichè la vendita di siffatte opere differisce notevolmente dalla vendita ordinaria. E in prima l'editore non acquista, nè può acquistare un vero diritto di proprietà, ma solo il diritto di pubblicar e portare a compimento l'opera, affin di ricavarne il maggior utile; inoltre lo scrittore, che necessariamente è il vero proprietario, può sempre (salvo la quistione dei danni-interessi) far tutti quei mutamenti che stimerà necessarî, ed anche sospendere e non far più andare la pubblicazione. Lo editore non diventa proprietario; *egli non* potrebbe dire di essere sua l'opera *da lui* comprata, e che può apporvi il suo anzichè il nome dello scrittore. Questi tiene a se soggetto il diritto che ha l'editore di dare alle stampe l'opera sua, e sarà libero, secondo le circostanze, di modificare più o meno, od anche impedire a un dato punto qualunque ulteriore riproduzione. Se per nuove scoverte egli senta il bisogno di mutare il suo lavoro, l'editore non potrà pretendere che l'opera debba continuare per come si trova, ma solo avrà diritto alla rescissione del contratto e ai danni-interessi; e se per nuovi e più severi studî lo scrittore si accorgerebbe della falsità delle idee sparse nel suo libro, e della giustezza di quelle da lui combattute, egli, che deve rispondere dell'opera sua in faccia agli uomini e in faccia a Dio, può ben pretendere che la si sopprima immediatamente, ristorando l'editore dei danni-interessi.

In tal modo, quel che è in commercio, che si può vendere e si vende infatti, non è la cosa stessa, non il diritto assoluto di pubblicarla; ma un diritto ristretto e dipendente dal volere dello scrittore.

III.—Se la cosa sia in commercio, cioè

(1) *Per la validità*: Chardon (*Dolo e frode*, III-405); Amiens, 18 genn. 1820; Amiens, 18 giugno 1822; Rig., 2 marzo 1825; Grenoble, 5 lug. 1825; Bordeaux, 3 dic. 1845 (Dev., 46, 2, 328); — *Per la nullità*: Toullier (V-161); Troplong (I-220); Duvergier (I-207); Coulon (*Quist.*, III, p. 563); Parigi, 23 aprile 1814; Parigi, 8 novembre 1825; Nancy, 12 nov. 1829; Parigi, 18 nov. 1837; (Dev., 38, 2, 65); Parigi, 8 febbr. 1840 (J. du P., 40, t. I. 188); Rennes, 3 luglio 1840 (Dev., 40, 2, 416).

(2) *Aggiungi* alle decisioni citate sotto l'art. 1133 (1087); Parigi, 5 dicembre 1846; Parigi, 12 genn. 1847; Riom, 10 maggio 1847; Rig., 26 dic. 1848; Rig., 3 genn. 1849 (Dev., 47, 2, 832; 49, 1, 29; 282).

possa formare oggetto di un contratto pecuniario, la si potrà vendere, salvo le proibizioni e le restrizioni risultanti da leggi speciali.

Così, come abbiam visto sotto gli articoli 1554 (1367 M) e seg., l'alienazione degli immobili dotali è proibita.

Così pure, è vietata da leggi di polizia la vendita e costruzione di armi nascoste e segrete, come stili, pugnali, tromboni, pistole da tasca, ec. (D. 12 marzo 1806; articolo 314 Codice penale). Non si può vendere, come diremo sotto l'art. 1600 (1445), l'eredità d'una persona vivente. Infine la vendita dei frumenti immaturi è vietata dalle leggi del 6-23 messidoro anno III, tranne che non si faccia per il caso di tutela, curatela, pignoramento di frutti, ed altre eccezioni previste dalla seconda di esse leggi.

Una decisione della Corte di Agen del 2 agosto 1830 (e non della Corte di cassazione come dicono alcuni) (1) ha giudicato che tali leggi siano state abrogate dal Codice civile: ma è questo un errore; che anzi il nostro art. 1598 (1443) sanziona le proibizioni stabilite da leggi particolari. Infatti si ammette da tutti che tali vendite sieno nulle (2).

Infine alcune cose si possono vendere, ma con determinate restrizioni o precauzioni. Per esempio le bevande, il sale, le carte da giuoco, ec., son soggette a regole speciali per il pagamento del dazio indiretto; le sostanze velenose possono vendersi da persone determinate e con determinate condizioni; il tabacco e la polvere da fuoco, che si fabbrica per conto del governo, debbono vendersi da persone destinate.

1599 (1444). — La vendita della cosa altrui è nulla: essa può dar luogo al risarcimento dei danni e degl'interessi, quando il compratore abbia ignorato che la cosa fosse d'altrui.*

SOMMARIO

I. Perché la vendita della cosa altrui è oggi radicalmente nulla e inesistente.

II. Non tutte le persone interessate possono invocar la nullità, quantunque radicale. Il vero proprietario, il compratore possono sempre invocarla, ma non sempre il venditore. Questi potrà opporla, se non abbia ancora rilasciata la cosa: dopo il rilascio non lo potrà più. Controversia.

III. Il proprietario e il compratore possono dentro trent'anni intentare l'azione di nullità. Errore di Troplong e Duvergier.

IV. Il compratore di buona fede si avvantaggia dei frutti, e potrà opporre la prescrizione. Si risponde ad una obbiezione; schiarimenti ed osservazioni.

V. La vendita diverrà valida, se si riuniscano nella medesima persona le due qualità di venditore e di proprietario: errore di Zachariae. — Il compratore potrà sempre far dichiarar nulla la vendita, se egli avesse intentato prima la sua azione: errore di Delvincourt e di Duvergier.

VI. La vendita diviene anche valida colla ratifica del proprietario, salvo il dritto del compratore, se avesse già intentato la sua azione.

I. — Abbiamo visto sotto l'articolo 1582 (1427) che una gran differenza, più di quel che comunemente si crede, passa tra la vendita stabilita nel Codice Napoleone, e

(1) *Vedi* inoltre Caen, 11 maggio 1846 (Dev., 48, 2, 42).

(2) Merlin (*Rep.*, alla parola *Vendita*, art. 1, n. 6); Toullier (VI 118); Delvincourt (t. III); Duranton (XVI-161); Troplong (I 223); Duvergier (I-133); Zachariae (II, p. 500); Montpellier, 4 maggio 1842; Bourges, 6 genn. 1844; Caen, 11 maggio 1846; Cass., 12 maggio 1848; Orlèans, 2 marzo 1849 (Dev., 42, 2, 349; 45, 2, 522; 47, 2, 42; 48, 1, 416; 49, 2, 465). — *Vedi* inoltre Tolosa, 12 dicembre 1846; Orlèans, 9 nov. 1847 (Dev., 47, 2, 652 e 653).

* Dichiarata invalida la vendita per una parte la quale appartenga ad altri, si debbe diminuire il prezzo della cosa venduta. C. Sup. di Napoli, 26 febb. 1852.

quella del diritto romano e del nostro antico diritto. Dicesi spesso che la vendita, che in altri tempi produceva l'obbligo di procurare al compratore il libero godimento della cosa, produce adesso quello di fargliene aver la proprietà. Ma è questo un errore: secondo il nostro Codice la vendita produce il trasferimento immediato e diretto della proprietà, e non l'obbligo di trasferirla. La differenza adunque coll'antico diritto non consiste nel produrre oggi la vendita altre obbligazioni e più importanti, ma solo in ciò, che altre volte era un contratto specialmente produttivo di obbligazione, ed oggi è un contratto traslativo di proprietà, un atto d'alienazione.

Ed ecco perchè era valida in Roma la vendita della cosa altrui, e presso noi è nulla. Fintantochè la vendita altro non era che un atto produttivo di obbligazione, non v'era motivo per cui non si potesse contrarre una obbligazione per la cosa altrui, e venderla : ciò si sarebbe anche potuto, se la vendita avesse prodotto l'obbligo di trasferir la proprietà della cosa. Pietro può ben obbligarsi a procurarvi la cosa di Paolo; egli atterrà cotesta obbligazione, acquistando per se stesso la proprietà e trasferendola a voi, senza di che la sua obbligazione si risolverà, come qualunque altra, in danni-interessi. Oggi però che la vendita importa il trasferimento momentaneo della proprietà, la forza stessa delle cose non mi permette di vendere la cosa non mia, poichè ciò importerebbe il trasferimento in altrui di un diritto che non ho. La vendita della cosa altrui adunque è nulla : *nulla est venditio*, non vi sarà vendita, ma un atto che ne ha le apparenze.

II. — Trattasi pertanto d'una nullità propriamente detta, d'un preteso contratto di vendita che per legge non esiste, e che a primo aspetto par che si potesse annullare da tutti gli interessati e in qualunque circostanza. — Eppure non va così; e tutti infatti riconoscono che bisogna far distinzione sul proposito. Egli è vero che gli scrittori non son punto in accordo nel conoscere quando possa o pur no invocarsi la nullità, e da quali principî sia governata cotesta teoria presa insieme o nei suoi vari aspetti; poichè infatti è questo uno dei punti più oscuri e meno rischiarati del Codice. Tutti però concordemente avvisano, quantunque non diano sufficienti ragioni, che il venditore non abbia *sempre* il diritto di opporre la nullità. Troplong (n. 238) dice che non possa mai; Duvergier (n. 220) che lo possa quando abbia venduto in buona fede, e non quando conoscesse non esser sua la cosa: Zachariae infine (II, p. 501) dice non doversi distinguere tra la buona e la mala fede, e che il venditore può sempre opporre la nullità da convenuto, non mai da attore... Secondo noi il risultamento della teoria di Zachariae ci sembra giusto, ma bisogna muovere da altri e più esatti principî.

E in prima è ben chiaro che qui la nullità è radicale, la vendita è propriamente nulla ed inesistente, e non che possa solo annullarsi; infatti, secondo il Codice, la vendita opera il trasferimento della proprietà, la quale non si può trasferire se non si ha; non sarebbe quindi una vendita quella che un terzo pretenderebbe fare della cosa altrui.

Questa vendita di mera apparenza è realmente non giuridica, e la sua legale inesistenza può facilmente opporsi e dal vero proprietario contro il compratore, e da questi contro il venditore. Può anche opporsi dal proprietario, che potrà sempre, finchè non sia compita la prescrizione della cosa, rivendicarla, non curando, come legalmente non avvenuta, la pretesa vendita che gli si opporrebbe.

Potrà finalmente opporsi dal compratore, il quale può sempre (è questa la principale differenza pratica delle due regole contrarie del diritto romano e del moderno: un tempo, VALET *rei alienae emptio*, oggi, *la vendita della cosa altrui* È NULLA) negarsi al pagamento del prezzo e al rilascio della cosa, o ridomandare il prezzo già pagato, restituendo la cosa, quando provi che la cosa non era del venditore. Può sempre, diciamo, e quand'anche avesse saputo da principio che la cosa non fosse del venditore, e che questi l'avesse ignorato.

Certo ei potrebbe allora esser condannato ai danni-interessi in favore del venditore per aver agito slealmente e con malizia, abusando dell'errore di costui, e che egli conosceva; egli pertanto dovrebbe in forza dell' art. 1382 (1336) sostenere le spese della vendita, e maggiori rindennizzamenti occorrendo. Ma potrebbe sempre far dichiarar nulla la vendita, poichè essa non esiste, ed ei non è divenuto proprietario, ed è senza causa, nè mai è esistito l'obbligo di pagare il prezzo, non essendosi trasferita la proprietà. Dippiù il nostro articolo distingue se il compratore sia stato di buona o di mala fede, affin di accordargli o no i danni-interessi contro il venditore, e non mai per la nullità della vendita.

Ma cotesto diritto assoluto di opporre la nullità radicale dell'atto, non è dato similmente al venditore. Certo l'atto è nullo per *rispetto* a lui, ma non pienamente; esso è nullo come vendita e come contratto che trasferisca la proprietà, non come contratto che generi obbligazione.

Il venditore dovea ad un tempo trasferire la proprietà della cosa, e procurarne il libero possesso, e farsi garante o ristorare il suo compratore; or se non il primo, ei potrà alle volte compiere il secondo dovere, e potendolo legalmente e lecitamente, egli è obbligato di farlo. Il venditore in breve, non potendo per intero far la sua parte di venditore, ed osservare le sue obbligazioni, deve farlo per lo meno secondo che glielo consentano il suo diritto e la morale.

Siffatta regola, da cui parecchie conseguenze dovremo cavare, impedirà alle volte che alleghi il venditore contro il compratore la nullità dell'atto da lui sottoscritto. Vedremo in quali casi egli lo potrà, in quali no.

Se la cosa venduta non è stata ancora rilasciata, il venditore, cui dal compratore si è domandato il rilascio, può opporre la nullità dell'atto onde non adempirlo? Crediamo che lo possa, quando anche avesse conosciuto il vero al tempo della vendita. Non perchè si è fatta una vendita illecita, sapendosi di appartener la cosa ad altrui, bisogna farne il rilascio; essendo l'atto contro alla morale e alla legge, non si potrebbe costringere a compirlo; egli deve, anzichè rilasciare la cosa ad un terzo, concertarsi col proprietario, o per comprargliela e sodare la vendita, o per restituirla, se questi si nega a vendere, offrendo al terzo tutti i danni-interessi che possano essergli dovuti. Adunque è falso il dire, come fanno molti giureconsulti, massime Delvincourt, che il compratore può qui, come nel dritto romano, costringere al rilascio il venditore che vi si ricusi, allegando la nullità della vendita. In Roma, in cui era valida la vendita, poteva il venditore esser costretto al rilascio; ma oggi che la vendita è nulla, e che quindi il rilascio fatto con iscienza è condannato dal dritto e dalla morale, il venditore può negarsi, opponendo che la pretesa vendita non esista, e pagando i danni-interessi. Indarno qui si direbbe che il compratore sia di buona fede; avvegnachè non per questo il magistrato potrebbe ordinare un fatto illecito, mentre la buona fede potrebbe soltanto dar luogo a danni-interessi che altrimenti non sarebbero dovuti; e poi il compratore dopo la difesa del venditore, non può più discorrere di ignoranza e di possesso di buona fede, a cui vorrebbe giungere mercè il rilascio, dacchè la difesa onde gli è conto che la cosa sia d'altrui, fa venir meno l'ignoranza e la buona fede. Il venditore adunque può opporre la nullità finchè non si è fatto il rilascio, e acciocchè questo non abbia luogo. Ma fatto il rilascio, potrebbe egli allegarla onde aver restituita la cosa? Noi stimiamo che no. Infatti il venditore non potrebbe mai molestare il compratore, egli che è obbligato a garantirlo e rindennizzarlo della evizione che da altri provenga: *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*; nè la nullità della vendita dà alcuna azione contro il compratore, poichè se per la nullità la cosa non spetta al compratore, non per questo spetterà al venditore; il vero padrone ha solo serbato la proprietà, e quindi egli solo può agire onde farsi restituire la cosa. In tal

caso dunque il venditore non potrà agire; egli dovrà solo, non già restituir la cosa al proprietario, se si nieghi a venderla (ciò non potrebbe, poichè l'ha già rilasciato), ma avvertirlo, perchè agisca a rivendicarla, salvo a ristorarsi da lui il compratore. Cotesto risultamento è lo stesso di quello di Zachariae, cioè il venditore, non ostante il difforme avviso di Duvergier e d'una decisione della Corte di cassazione (1), non può altrimenti che per eccezione opporre la nullità della vendita, e non mai intentando un'azione.

III. — L'azione di nullità, siccome è risaputo, può intentarsi sempre dal proprietario finchè la sua cosa non siasi prescritta; ma che diremo dell'acquirente in faccia al venditore? La riferita decisione e Troplong (n. 239) e Duvergier (n. 221) ammettono come evidente e semplice che l'azione si estinguerebbe in dieci anni dal giorno della vendita, secondo prescrive lo art. 1304 (1258). Doppio errore: difatti, se la prescrizione fosse di dieci anni, non potrebbe per lo meno incominciare che da quando il compratore ha scoverto che la cosa non fosse del venditore, e non dal dì del contratto; siccome, ove siavi errore, incomincia dal dì che questo è manifesto secondo l'art. 1304 (1258).

Ma qui non può applicarsi cotesto articolo 1304 (1258) dettato unicamente per gli atti che possono annullarsi, poichè l'atto legalmente non esiste, come vedemmo sopra. Il compratore non chiederà si annulli la vendita; bensì farà riconoscere che il venditore, non essendo proprietario della cosa, non ha potuto trasferirne in altrui la proprietà, e quindi l'obbligo di lui compratore non è mai esistito per mancanza di causa (art. 1304 (1258), n. IV).

IV. — Benchè la vendita non sia in dritto che una mera apparenza, il compratore immesso in possesso fa suoi i frutti (articolo 549 (474)) e prescrive la cosa in dieci o venti anni, se è un immobile (articolo 2265 (2171)), sull'istante se un mobile, che non siasi nè perduto, nè involato (art. 2279 (2185)). Fa meraviglia che siesi potuto affermare che la vendita non sia nulla, dacchè produce effetti, cioè il dritto ai danni-interessi, il guadagno dei frutti e il beneficio della prescrizione. Certo la vendita è nulla in dritto, ma i *fatti* che la costituiscono, accompagnano o seguono non sono nulli, e possono produrre conseguenze.

Si debbono danni-interessi non per la vendita, ma per un fatto dannevole che vuolsi ristorare. I frutti sono del possessore non per effetto della vendita, ma perchè essi sono dovuti al possessore di buona fede; se vi fosse la vendita e il compratore *fosse il* proprietario, egli godrebbe dei *frutti per* il suo dritto di proprietà. Infine egli prescrive in dieci o venti anni, non per la vendita, ma per la sua buona fede e il suo titolo apparente; se vi fosse la vendita, ei sarebbe proprietario, e non avrebbe bisogno di prescrivere.

Il compratore di buona fede sarebbe immediatamente proprietario dei mobili non perduti nè involati, purchè lo volesse; se egli, non volendo per tal modo acquistare, preferisse avere restituito il prezzo, restituendo la cosa, il venditore non potrebbe opporvisi; la prescrizione è facoltativa per il compratore, il quale può coscienziosamente non valersene.. — Noi qui per altro supponiamo che il venditore sia di mala fede; dacchè se ei medesimo avesse ignorato che la cosa fosse d'altrui, sarebbe stato proprietario al tempo della vendita; egli, non il compratore, avrebbe acquistato mercè la prescrizione il *drillo di* proprietà, e perciò potrebbe dire al compratore: la cosa che vi ho venduta è mia, non d'altrui; se la prescrizione è contro la coscienza, ne risponderò io, non voi.

V. — Abbiamo veduto che il venditore della cosa altrui è obbligato adempire la parte di venditore e le conseguenze che ne scaturiscono, per quanto legalmente ei può. Se dunque, dopo la vendita, ci diventa per qualunque causa proprietario della cosa venduta, o se più generalmente

(1) Cass., 23 genn. 1832 (Dev., 32, 1, 666).

le due qualità di venditore e di proprietario concorrono in una medesima persona (divenendo il venditore l'erede del proprietario, o *viceversa*), il venditore è incontanenti obbligato di trasferire al compratore la proprietà della cosa; e siccome nel nostro diritto l'obbligo di trasferire la proprietà compiesi *ipso jure* nel punto stesso in cui nasce, conforme all' articolo 1138 (1092), così la proprietà appena è nella sua persona, passa immediate in quella del compratore. Da allora pertanto la vendita diviene valida, e contro allo avviso di Zachariae (II, p. 502) è inoppugnabile sia dal venditore, sia dal compratore. Cotesto punto è ammesso dal più degli scrittori e dalle decisioni, benchè non buone sieno in generale le ragioni motive; ed erroneamente si è scritto che la giurisprudenza l' ammetta per il venditore (per cui non è dubbio, essendo assurdo che si dia l'evizione a chi ha obbligo di non farla avvenire), e la respinga per il compratore : per l' incontro appunto contro ai compratori è stata giudicata in tal caso valida la vendita da tre decisioni le quali hanno trattata la quistione (1).

Le due decisioni che Zachariae allega in sostegno della sua dottrina (Rig., 16 gen. 1810; Riom, 30 nov. 1813), sono anzi contrarie, poichè decidono soltanto che il compratore, non ostante il venditore abbia acquistato la proprietà, può far dichiarare lo scioglimento, se *abbia già intentato* la sua azione.

Checchè ne dicano Delvincourt (t. III) e Duvergier (I-120), cotesta soluzione è esatta. Il compratore non era ancora divenuto proprietario quando si intentava l'azione di nullità; sicchè provando che egli intende rinunziare a tutti gli effetti della convenzione, non potrebbe di poi acquistare più la proprietà. Egli dunque, intentando l'azione di nullità, non può pretendere più la cosa, che il venditore dopo acquisterebbe, e la vendita rimarrebbe nulla come era *ab initio*. Qui non può affatto applicarsi l'art. 1655 (1501), secondo cui lo scioglimento della vendita domandato dal venditore per mancanza del pagamento del prezzo non avrà effetto se il compratore paghi (a quale oggetto il giudice può accordare un termine).

Allora infatti si tratta di sciogliere, di annullare una vendita esistente; il compratore ha acquistato già la proprietà che gli si vuol torre; se egli dunque col pagamento faccia venir meno il motivo per cui lo si volea privare del diritto sulla cosa, egli lo riterrà. Per lo contrario nel caso nostro non vi è vendita; l'acquirente non ha la proprietà; egli domandando la nullità vi ha rinunziato; se il venditore quindi l'acquisti, egli non potrà più reclamarla : la nullità sussiste sempre, e dovrà dichiararsi. Adunque inconchiudente è il motivo assegnato dalle due citate decisioni e da Duranton (X-438), come dicono Delvincourt e Duvergier, ma la soluzione è esattissima (2).

VI. — Parimente il compratore non potrà domandare la nullità, se il vero proprietario ratificasse l'atto di vendita.

Anche in tal caso bisogna però che la ratificazione si faccia prima che l' acquirente avesse intentato la sua azione; se no questi, sarebbe libero, come nel caso precedente, di far dichiarare la nullità. Infatti, se l'acquirente, conosca o pur no che la cosa appartenga ad altrui, non domanda

(1) Delvincourt (III, note); Duranton (XVI-179); Troplong (I-236); Duvergier (I-219); Championnière e Rigaud (III-2033); Bordeaux, 16 agosto 1834; Rig., 23 luglio 1835; Parigi. 25 agosto 1845 (Dev., 36, 1, 70; 46, 2. 161). — *Vedi* pure Agen, 17 dicembre 1851 (J. P., 53, 2. 43).

(2) Esatta però in quanto alla nostra quistione, poichè in sostanza le due decisioni sono veramente strane. Infatti nella prima il venditore avea acquistato la proprietà, dopo fatta la domanda dall'acquirente, in conseguenza di una divisione; in modo che egli, per l'effetto retroattivo della divisione, avea avuto la proprietà fino *ab initio*, prima quindi che si fosse domandato lo scioglimento (art. 883 (803)), e trasmessala fin d' allora all' acquirente. Nella seconda trattavasi della vendita di un immobile dotale fatta dal marito; or noi abbiam visto sotto l'art. 1560 (1373), n. 1, che per un tal caso non può applicarsi l'art. 1599 (1444), e che la vendita non è nulla, ma che si può annullare *a parte mulieris*.

la nullità dell'atto, egli intende conservare la proprietà della cosa; d'onde risulta che se il vero proprietario ratifichi la vendita e ceda allo acquirente la sua proprietà, il possessore, atteso il concorso delle due volontà, acquisterà da questo punto la cosa (1). Diciamo *da questo punto*; poichè questa non è una ratifica propriamente detta, che *conferma* l'atto facendolo valere *retroattivamente*, a contare dalla sua data: una vendita inesistente per legge non può validarsi. Questo secondo atto dunque, che impropriamente appellasi ratificazione, altro non è che la cessione della cosa, la quale si acquista dal proprietario da questo punto, senza affatto retroagire (2). Che se il proprietario desse la sua ratificazione dopo che il compratore abbia domandato lo scioglimento, siccome questi ha manifestato di non volere più conservare la cosa, non vi sarà più concorso di volontà, e la ratificazione sarà senza effetto. Del resto è chiaro che il compratore può render vana la inefficacia della ratificazione in quest'ultimo caso, o dell'acquisto fatto dal venditore nel precedente; egli ha il dritto o di continuare la sua dimanda per lo scioglimento o di ritirarla per conservar la cosa; avvegnachè in ambi i casi mancava, per esser valida la vendita, la volontà dell'acquirente di diventar proprietario.

N. B. — Il già detto non si potrebbe applicare al contratto con cui Pietro dichiarasse, non di vendere e trasmettere in proprietà la cosa di Paolo: ma semplicemente di promettere che farebbe acquistarla: questo contratto sarebbe valido del tutto, e produrrebbe l'effetto che si era stabilito, cioè la *obbligazione* semplice di Pietro di fare acquistare all'altra parte la proprietà della cosa di Paolo, salvo i danni-interessi in caso d'inadempimento. E se Pietro, non ponendo mente a manifestar chiaro il suo pensiero, avesse usato le parole *vendere* e *comprare*, basterebbe sempre l'indicarsi nell'atto che il contratto versi sulla cosa altrui, per conoscere la vera intenzione delle parti, cioè che esse non voglion fare una vera vendita della cosa, ma una promessa di farla acquistare. Il contraente dunque non potrà in tal caso, come per la vendita della cosa altrui, agire immediatamente per lo scioglimento e pei danni-interessi, ma deve far prima correre un termine necessario perchè Pietro ottenesse la cessione da Paolo, e prender la cosa per il prezzo stabilito, se ha luogo la cessione.

1600 (1445). — Non si può vendere l'eredità di una persona vivente, ancorchè questa vi acconsentisse.

SOMMARIO

I. La vendita qui è radicalmente nulla perchè illecita. La regola vale tanto per i singoli beni di una eredità, che per tutti.

II. La nullità può opporsi dentro trent' anni; rimando e schiarimenti: gravissimo errore di Toullier e di Duvergier.

III. La vendita, per unico prezzo, della eredità futura e dei beni presenti, sarebbe nulla per lo intiero: errore di Duvergier: tranne che il compratore consentisca a pagare quel prezzo per i soli beni presenti: errore di una decisione.

I. — Questa regola è stata già spiegata implicitamente negli articoli 791 e 1130 (708 e 1084) che vietano in modo generale qualunque alienazione dei diritti eventuali che si potrebbero avere in una eredità futura, e qualunque stipulazione intorno alla medesima.

Si è detto che la legge ha stabilito que-

(1-2) Duranton (XVI-179); Troplong (I-237); Duvergier (I-219); Championnière e Rigaud (III-2034); Rig., 12 dicembre 1810; Torino, 17 aprile 1811; Riom, 12 gennaro 1827; Rig., 6 luglio 1831; Rig., 23 gennaro 1832; Amiens, 13 agosto 1840 (Dev. 31, 1, 307; 32, 1, 666; 42, 2, 429).

sto divieto, perchè la successione non aperta è una cosa futura, la quale non si può in nessun modo obbligare e specialmente vendere. Ma non è così: le cose future possono benissimo formar l'oggetto di qualunque convenzione; io posso, per mò d'esempio, vendervi il mio ricolto dell'annata vegnente od anche questo ricolto colle sue eventualità (art. 1130 (1084), n. 1). Il vero motivo si è, come diceva Pothier (*Vendita*, n. 257), perchè un tal contratto è contrario alla buona morale, suo oggetto essendo la morte del *de cujus*. Infatti un primo acquirente potrebbe cedere il suo diritto ad un secondo, questi ad un terzo, e così moltissime persone avrebbero interesse a desiderar la morte di un povero disgraziato che non conoscono. Per questo adunque la legge negli art. 791, 1130 e 1600 (707, 1084 e 1445) ha vietato in modo assoluto, malgrado anche il consenso della persona della di cui eredità si tratti, coteste convenzioni.

Per tal motivo ben si comprende che il Codice, vietando la vendita di uno o più oggetti speciali dipendenti dalla eredità, o della eredità considerata tutta insieme, o di una quota di essa, intende parlare della *eredità* o di ciascuna parte di essa. Difatti, il pericolo e l'immoralità sarebbe pari per la vendita di beni speciali, o di tutta o parte della eredità; che se altrimenti si volesse intendere la regola, non si otterrebbe più lo scopo prefisso dalla legge, e l'eredità si potrebbe vendere sminuzzandola. La Corte suprema avea prima giudicato il contrario; ma dipoi ricreduta, conobbe che il pensiero del legislatore non ha potuto esser altro che questo (1).

II. — In tal caso dunque la vendita è radicalmente nulla ed inesistente, essendo illecito l'oggetto; la nullità non si prescrive con dieci anni, ma si può domandare entro ai trenta anni da attore, e in qualunque tempo da convenuto. Ciò abbiamo spiegato sotto l'art. 1304 (1258), nn. III e IV, e non sappiamo comprendere come Duvergier (I-230), abbia potuto sostenere il contrario.

Niente di meraviglia che Toullier al suo tempo sia incorso nello errore; egli specialmente che non aveva affatto compreso la teoria degli atti nulli, di quelli che si possono annullare (o rescindere) e risolvere. Ma dopo le spiegazioni date da Duranton (XII-523 e 524) e da Troplong (I-249), dopo che quest'ultimo ebbe confutato la dottrina di Toullier, è veramente incredibile come Duvergier sia andato in quel grosso strafalcione di dire, senza fare alcuna osservazione o discussione: *Toullier ha stabilito i veri principi.*

Il che tanto più è grossolano, perchè le lunghe spiegazioni date da Toullier su questo punto (VII, nn. 521-617) sono un impasto di falsità, come vedemmo sotto lo art. 1304 (1258).

Toullier incomincia dal dire (n. 521) che la gran distinzione degli atti radicalmente nulli e di quelli che si possono rescindere si fonda sull'apparenza o non apparenza del vizio; « che vi sia nullità di pieno diritto, se l'atto ha un vizio intrinseco, l'apparenza del quale fa che il contratto non si formi, il che avviene pei contratti dei *minori*, degl'*interdetti* e delle *donne maritate*, i quali contratti si dimostrano nulli, *distruggendosene l'apparenza*, col solo atto di nascita o la sentenza d'interdizione o l'atto di matrimonio; che vi sia al contrario semplice rescissione quando l'atto contenga un vizio intrinseco, come *l'errore*, *la violenza o il dolo* che lo rende *essenzialmente e radicalmente nullo;* e che la nullità, *che impedisce di formarsi la convenzione*, perchè radicale, lascia però sussistere *l'apparenza di un contratto*, che sarà valido, *finchè non distrutto* da una sentenza ». A che ne vuol venire con siffatto esordio? Trattasi di distinguere gli atti propriamente nulli da quelli che si possono annullare, e Toullier se ne viene in mezzo con due ipotesi affatto identiche: in ambi i casi, egli dice, gli atti *sono*

(1) *Contr.*, Cass., 23 genn. 1832 (Dev., 32, 1, 666). — *Conf.*, Rig., 11 nov. 1845 (Dev., 45, 1, 785); Troplong (I-246).

essenzialmente e radicalmente nulli; in ambi i casi ***non vi ha contratto***, ma semplicemente ***un'apparenza***, che bisogna ***far venir meno*** perchè l'atto sia senza effetto: il magistrato (è questa la sola differenza) riconoscerà più facilmente la nullità nell'un caso che nell'altro, poichè nel primo basta mostrare l'atto di nascita o altro, mentre che nel secondo è necessaria una istruzione per istabilire l'errore, la violenza o il dolo.

Or non importa che sia più facile comprovare una cosa; la maggiore o minore ***apparenza*** del vizio di un contratto non immuta per nulla le conseguenze legali che esso produce, poichè in quanto alla natura della nullità sono perfettamente identici i due casi che Toullier vuole distinguere: egli ci dà ad esempio due atti ***nulli radicalmente*** pei quali ***non si forma convenzione***, ma che hanno ***l'apparenza*** di un contratto. — Pure cotesti atti son pareggiati dalla legge; infatti l'articolo 1304 (1258) stabilisce testualmente la sua regola per gli atti che facciano i minori, gl'interdetti e le donne maritate, e per quelli in cui sia incorso errore, violenza o dolo.

Toullier adunque ***stabilisce i veri principi*** in modo veramente strano, cioè, distinguendo in atti radicalmente nulli e in atti che si possono soltanto rescindere, due classi di convenzioni, che secondo le sue medesime idee, appartengono ad unica classe.

Nè ciò solo; implicitamente al primo errore egli ne commette un secondo: se è vero che gli atti di cui parlasi appartengono ad unica classe, non è poi vero che in questa classe van compresi, come dice Toullier, gli atti radicalmente nulli, inesistenti in dritto, e che altro non hanno che l'apparenza di contratto. In tutti cotesti casi si forma un contratto, il quale si può fare annullare perchè inviziato, ma si può anche ratificare; mentre che per quelli legalmente inesistenti non vi ha luogo a ratificazione (il nulla non si potrebbe ratificare, ***quod non est confirmari nequit***): or appunto son questi gli atti, che secondo dice l'articolo 1304 (1258), si ratificano col silenzio di dieci anni. Toullier adunque va errato e si contraddice, non solo allorchè pretende appartenere a due classi distinte atti, che secondo le sue spiegazioni appartengono ad una medesima classe, ma anche quando li pone fra i contratti propriamente nulli, mentre che, come è noto, possonsi soltanto annullare.

Nè basta ancora: una sana mente non regge allo esame di quel guazzabuglio di idee strane e contraddittorie, che Duvergier dice stabilimento dei principî. Toullier, insegnando che gli atti da lui distinti sono tutti nulli radicalmente e di pieno dritto, e che per essi non si ***forma contratto***, ma havvi solo ***l'apparenza***, egli che apparentemente distingue quando esista un atto o pur no, e quando si sia o no formato contratto, dice al postutto che in una delle due classi l'atto non è così nullo ed inesistente, o almeno così inefficace, come nell'altra, poichè, quantunque sempre vi sia l'apparenza del contratto, da una parte non ha effetto, mentre dall'altra ne produce, finchè il magistrato non l'annulli. Questo sembra il pensiero del dotto professore, allorchè indicandoci la differenza delle due classi di atti, dice che da un canto il medesimo fatto ***dimostra la nullità dell'atto e distrugge l'apparenza del contratto***, in modo che se si ***ricorre al magistrato***, questi ***non deve pronunziar la nullità***, la quale ***è di legge***, mentre che dall'altro canto, sebbene ***la nullità sia radicale e non si possa formare la convenzione***, nondimeno, se non vi ha una sentenza ***che distrugga l'apparenza del contratto. esso produrrà effetto come se valido*** (n. 521)... Or dopo tali premesse, ci risponda per poco Toullier quali atti siano apparenti e inefficaci, e quali efficaci. Due sono le risposte, e affatto opposte, secondochè scegli l'uno o l'altro tratto di Toullier: nel n. 521, dice che l'apparenza sia efficace negli atti che si fossero fatti per errore, violenza o dolo, perchè la loro nullità ***non si scorge***, e quegli degli atti fatti dagli incapaci sì; ma ne' num. 298-299 (del medesimo tom. VII dice tutto l'opposto, cioè che l'atto dell'incapace produce effetti, mentre che quello

fatto per errore, violenza o dolo, ***non ne può produrre alcuno nè civilmente*** , ***nè naturalmente*** , ***poichè la sua nullità è***, ***come dicesi***, ***radicale !***

Su queste basi è poggiata la teoria di Toullier intorno alle convenzioni radicalmente nulle, o che si possono annullare; e questi sono, secondo Duvergier, ***i veri principî !***

Noi abbiamo stabilito cotesti principî sotto l'art. 1304 (1258), ove abbiamo fatto vedere che la Corte di cassazione si è levata costantemente contro la dottrina di Duvergier (1).

III.—Se in un medesimo atto si vendessero le cose dipendenti da una eredità futura e i beni presenti, indicandosi due prezzi, si farebbero due vendite, una delle quali sarebbe intieramente valida, nonostante la nullità dell'altra: ***utile per inutile non vitiatur***. Ma se il prezzo fosse un solo, la vendita sarebbe nulla per lo intero, checchè in contrario ne dica Duvergier (I-231). E per vero come potrebbero mai i tribunali sminuzzare il prezzo e dire che la tal porzione corrisponda ai beni attuali? Con ciò si immuterebbe la volontà delle parti, e i tribunali si arrogherebbero il dritto di determinare il prezzo, il che non potrebbero fare (art. 1591 (1436)). A ragione adunque molte decisioni han giudicato, come Troplong (I-251), che in tal caso la vendita sarebbe intieramente nulla (2).

Ma non la possiamo far buona all'ultima di queste decisioni (Orlèans, 24 maggio 1849), la quale dichiara nulla la vendita, quand'anche il compratore si profferisse a pagare l'intero prezzo stabilito per i soli beni presenti. Allorchè un venditore consente a cedere per il tal prezzo due cose, egli senza dubbio ha consentito anche a cederne una pel medesimo prezzo. E se il venditore alla sua volta consente a pagare l'intiero prezzo per una sola cosa, vi ha concorso di volontà, e il contratto, che si riduce ai soli beni presenti, sarà valido del tutto, come prima avea giudicato la Corte di Grenoble e la Corte di cassazione (3).

— (1446)*.

1601 (1447).—La vendita è nulla, se nel momento del contratto era interamente perita la cosa venduta.

Se una parte sola ne fosse perita, il compratore avrà la scelta o di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo, mediante stima.

SOMMARIO.

I. Se la cosa perisca intieramente, non vi sarà vendita, ed il prezzo pagato potrà ripetersi entro trent'anni: errore di Delvincourt. — Ciò avviene anche se l' acqui-

(1) *Vedi* il commentario dell'art. 1304 (1258), e le osservazioni che lo precedono. — Le tre decisioni che Duvergier invoca in sostegno della sua dottrina (10 marzo 1812, 3 agosto 1829 e 23 gennaro 1832; Dev., 32, 1, 666), non fanno per la quistione. Le due prime riguardano due specie regolate dalle antiche ordinanze del 1519 e 1533, che applicavano per ciò la regola che l'art. 1304 (1258) applica ad altri casi; l'ultima giudica che nella specie non si era convenuti intorno alla eredità futura.

(2) Limoges, 13 febb. 1828; Riom, 13 dic. 1828; Montpellier, 4 agosto 1832; Tolosa, 27 agosto 1833; Limoges. 6 apr. 1838; Rig., 14 nov. 1843; Orlèans, 24 maggio 1849 (Dev., 32, 2, 481; 34, 2, 97; 38, 2, 501; 44, 1, 229; 49, 2, 600).

(3) Grenoble, 8 agosto 1832; Rig., 17 gennaro 1837 (Dev., 33, 2, 176; 37, 1, 247).

* Nel nostro Codice si è aggiunta la seguente disposizione:

Art. 1446. « È vietata la vendita de' frutti in erba e non ancora raccolti, quante volte si conviene la consegna a peso, o numero, o misura di generi o derrate, e se ne determini anticipatamente il prezzo, senza riportarsi a quello che corre al tempo del ricolto.

« Se nel caso di siffatta vendita siasi pagata qualche somma al venditore a conto del prezzo, il compratore avrà diritto a reclamarne la restituzione coll'interesse dal dì dell'anticipazione fatta, alla ragione corrente.

« Tuttavolta non è vietato di vendere in massa l'intera ricolta pendente, o una quota parte di essa, per un prezzo determinato ».

rente avesse conosciuto il fatto (salvo la quistione dei danni interessi): errore di Troplong.

II, Se la cosa perisca in parte, il compratore potrà recedere dal contratto, poichè qui non ha luogo l art. 1636 (1482), nè vi è dritto a scemamento di prezzo. Controversia. È necessario però che egli non abbia conosciuto il fatto.

III. In quali casi la vendita sarebbe valida, non ostante che fosse perita in tutto o in parte la cosa.

I. — Due ipotesi comprende il nostro articolo: quella in cui la cosa venduta perisse intieramente al tempo della vendita; quella in cui perisse in parte.

Intorno alla prima non c'è a fare quistione alcuna. È chiaro, che se la cosa che vuolsi vendere non esiste, la obbligazione del venditore non si è potuta formare, per mancanza di oggetto, nè quella del venditore è potuta nascere, per mancanza di causa. Un tal contratto è inesistente; se il compratore quindi avesse pagato il prezzo della cosa, egli potrà ripeterlo entro trent'anni, e non dieci, come ha insegnato Delvincourt, applicando a questo caso l'articolo 1304 (1258). Non sappiamo comprendere come uno scrittore tanto giudizioso sia andato in errore su tal punto: la regola dell'art. 1304 (1258) è stata dettata per quegli atti che si debbono annullare: or una vendita inesistente non può certo farsi annullare. Il compratore che avea pagato un prezzo, lo ripete perchè senza causa, in forza degli art. 1235 e 1376 (1188 e 1330); egli dopo trent' anni lo perde, non perchè la sua inazione abbia resa valida una vendita non mai esistita, e fatto prescrivere la sua azione per lo scioglimento che nè tampoco poteva mettersi in mezzo, ma perchè è venuto meno il suo dritto di ripetere il credito che egli aveva contro il debitore a ragion del pagamento indovuto, poichè con un tal termine si prescrivono tutti i dritti e le azioni (art. 2260 (2168)). Di ciò abbiam già parlato sotto l'art. 1304 (1258), n. III, *in fine*.

Il compratore potrebbe ripeter sempre il suo prezzo, anche quando avesse conosciuto l'inesistenza della cosa allorchè facevasi la vendita, e il venditore l' avesse ignorato. Troplong (I-253), seguendo il dritto romano, insegna in tal caso che il compratore non potrebbe ripetere il prezzo, che potrebbe anzi esservi costretto, se non l'abbia pagato. È questo un errore; certamente in tal caso egli potrà essere condannato ai danni-interessi, secondo l'articolo 1382 (1336), alle spese della vendita, ed inoltre a ristorare il venditore, se questi per non aver ricevuto la somma di cui credeva poter disporre, o per doverla restituire soffra qualche danno; ma *egli non dovrà mai nulla come prezzo di vendita o sotto qualunque altro titolo, salvo i danni interessi, se per fatto di lui il venditore abbia sofferto. Inutilmente Troplong mette in mezzo la punizione del dolo, e il dovere del compratore di gratificarsi il venditore; in quanto alla punizione, rispondiamo che in dritto civile non havvi luogo ad ammende (e un'ammenda del resto non può infliggersi in vantaggio d' un particolare), ma semplicemente ai danni-interessi; in quanto al dovere di gratificarsi il venditore con una donazione, abbiamo visto tante volte, che il nostro Codice a ragione rigetta cotesta idea. — In breve dunque, il compratore dovrà semplicemente indennizzare il venditore dei danni sofferti; questi non potrà mai ritenere il prezzo di vendita, e molto meno costringere il primo a pagarlo sotto pretesto di punizione o di donazione (*vedi* art. 555 (480), n. VI: 1235 e 1376 (1188 e 1330), n. I).

II. — Se al tempo della vendita la cosa fosse perita in parte, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto, o domandare in proporzione uno scemamento del prezzo. Duranton (XVI, 184) e Troplong (I-252), mettendo in accordo cotesta disposizione con quella dell'art. 1636 (1482) (il quale permette all'acquirente, nel caso che abbia sofferto evizione per una parte soltanto della cosa, di far rescindere il contratto, se la parte toltagli sia di tale importanza che egli non avrebbe comprato

enz'essa), opinano che anche nel caso del ostro articolo l' acquirente non potrebbe ecedere dal contratto se non sotto quella iedesima condizione. Noi non sapremmo osì di leggieri pareggiare intieramente i ue casi. In vero non vi è perfetta somilianza: nell' art. 1636 (1482) trattasi di ar rescindere, per una causa posteriore, una endita del tutto valida, perchè il contratto i è già formato; nel nostro articolo si è ncor dubbi se si debba riguardare come ion esistente il contratto, atteso che il suo oggetto non è più quel che si credeva, o se si debba reputar fatto. Or se si rifletta che il Codice, sendo così varie le condizioni, ha permesso qui formalmente al compratore di recedere dal contratto, per ciò solo che una parte della cosa fosse perita, mentre che nell'articolo 1636 (1482) permette lo scioglimento per il caso soltanto in cui fosse chiaro che l'acquirente, senza la parte toltagli, non avesse comprato, come si potrebbe mai porre in non cale la differenza delle due regole? Non sarebbe ciò in rifar la legge, anzichè spiegarla tale quale?

Noi non sappiamo altro ricavare dai principî della legge, che la facoltà per il magistrato di rigettare la domanda dell'acquirente, allorchè la pochezza della perdita faccia chiaramente conoscere che quello sia pretesto con cui il compratore cerchi schermirsi della sua obbligazione. Così la pensano anche Duvergier (I-237) e Zachariae II, pag. 486).

Del resto, se l'acquirente, al tempo in cui comprava, avesse conosciuto che la cosa era in parte perita, non v'ha dubbio che egli non potrebbe nè recedere dal contratto, nè domandare scemamento di prezzo; poichè è ben naturale che egli avesse contratto, conoscendo che la cosa valeva ancora quel prezzo. In questo caso, diversamente da quello in cui per la perdita intiera della cosa non può formarsi contratto, e in cui la conoscenza dell'acquirente dà luogo semplicemente ai danni interessi; in questo caso diciamo, si formerà il contratto, e l'acquirente, conoscendo lo stato della cosa, non potrà più dipoi dolersene.

III. — Se si fosse contratto non di una cosa, che perisse poi in tutto o in parte, ma delle eventualità o della speranza di ottenere quel che può esistere di essa; se per esempio, avuta notizia, io e voi, che un terzo del comune in cui io aveva una casa, fosse ito in preda alle fiamme, o che una metà dei bestiami della tal contrada, in cui io posseggo una greggia, sia perita del tal male, io vi vendo quel che può restare della mia casa o del mio gregge, la vendita sarebbe del tutto valida, quand'anche nulla rimanesse. In ciò nissun dubbio, poichè l'oggetto della vendita altro non era che la speranza, più o meno fondata, di ritrovar qualche cosa, l'evento di aver tutto, poco o niente.

Inoltre, e in senso inverso, le due regole del nostro articolo, quantunque parlasi della vendita d'una sola cosa, si applicheranno anche per la vendita ad unico prezzo di più cose, che non si potrebbero disgiungere, e che non esisterebbero al tempo della vendita.

CAPITOLO QUARTO

DELLE OBBLIGAZIONI DEL VENDITORE.

SEZIONE PRIMA.

DISPOSIZIONI GENERALI.

1602 (1448). — Il venditore è tenuto a spiegar chiaramente quello a cui si obbliga.

Ogni fatto oscuro o ambiguo s'interpetra contra il venditore.*

I. — Secondo il principio generale stabilito nell'art. **1162 (1115)**, se non si è certi sull'intendimento di una clausola, la si dovrà interpretare contro colui che l'ha stipulato, ed a favore di quello che ha contratto l'obbligazione. Ma non è così in materia di vendita : il nostro articolo mantiene quel principio contro il venditore per tutte le clausole in cui l'acquirente si obbliga in faccia a lui, ma lo rende oltracciò risponsabile dei patti oscuri od ambigui , anche nelle clausole in cui egli si obblighi in faccia al compratore, in modo che deve sostituirsi qui quest' altra regola generale, cioè che si interpreta contro il venditore qualunque clausola dubbia , senza affatto distinguere fra colui che stipula e colui che promette.

Duvergier (I-242) censura acremente cotesta regola, la quale secondo lui è inutile ed ingiusta : inutile, perchè è impossibile, egli dice, che un prudente magistrato non conosca sempre il pensiero dei contraenti , e che possa , per assoluta incertezza, rendere, come una volta, la famosa sentenza delle buschette (1) : ingiusta, perchè la vendita è formata ugualmente dal venditore e dal compratore.

Noi non ci sapremmo accostare a coteste idee. Se la sentenza a sorte è, e deve rimanere unica nella nostra storia, però le dubbiezze che le diedero luogo si riprodurranno sempre ; e bene spesso può avvenire che il magistrato sia in un'assoluta incertezza sul vero intendimento di una clausola. E come dire che sia impossibile trovare di siffatte frasi in atti formati alle volte da chi non sa di affari nè di lingua, quando fin dentro il Codice si ritrovano disposizioni così ambigue che il più sagace giureconsulto verrebbe tentato di affidarsi alla sorte, come quella buona pasta del giudice Houlyer? La nostra regola adunque si può benissimo applicare come quella dell'articolo **1162 (1115)**. — In quanto all'ingiustizia della nostra regola, rispondiamo con queste tre osservazioni : 1° Che la regola è stata scritta , come fu spiegato innanzi il Corpo legislativo , per le sole clausole che costituiscono veramente il contratto di vendita, cioè per quelle che si riferiscono alla cosa, al pagamento del prezzo, e alle due obbligazioni di consegnare e garantire, e non per quelle eccezionali o particolari messe dall'acquirente nella convenzione, le quali resteranno sotto al principio che il dubbio deve interpretarsi contro colui che stipula (2); 2° Che il venditore, per ciò che riguarda l'essenza della vendita, è in ben

* — Il venditore non può fare dichiarazioni per rendere invalida l'alienazione. C. S. di Napoli, 26 giugno 1852.

(1) Messer Pietro-Saturnino Houlyer, giudice civile e criminale del tribunale reale di Melle, non potendo venire a capo della verità fra le asserzioni contrarie di due parti, non trovò altro spediente che *rimettere la sentenza alla provvidenza divina*, a qual uopo ordinò, *che* si prendessero a sorte due fuscelli tra il pollice e l'indice, ingiungendo alle parti di cavarne uno per una, e quale delle due avrebbe cavato il più lungo, sarebbe rimasta vincitrice. — Il testo di questa strana sentenza, del 24 settembre 1644 , è riferito per esteso da Boncenne (II, p. 505).

(2) Duranton (XVI-187); Troplong (I-258); Fenet (XIV, p. 194).

altra condizione del venditore per ispiegar chiaramente le cose, o ingannar l'altra parte con parole ambigue, o reticenze; che egli è sempre nel pericolo, come dice Loisel (lib. 3, t. 4, 2) *di esser ingannato, anzichè ingannare il venditore;* 3° Infine che la regola è stabilita per il caso in cui si siano impiegati tutti i mezzi d'interpretazione: infatti il nostro articolo sostituisce, per la vendita, il principio del dritto comune stabilito per gli altri contratti dall'art. 1162 (1115), il quale si applica solo nel dubbio, dopo essere riusciti vani tutti i mezzi per iscoprire il vero intendimento dei contraenti.

1603 (1449).—Egli ha due obbligazioni principali, quella di consegnare, e quella di garentire la cosa che vende.

I. — In due distinte sezioni tratta il Codice: 1° dell'obbligo di consegnare la cosa; 2° dell'obbligo di garantirla. Non parla ragionevolmente dell'obbligo di trasferirne la proprietà, che si compie di pieno dritto nel punto medesimo in cui nasce, come vedemmo negli art. 1138 e 1583 (1092 e 1428), divenendo per la vendita proprietario lo acquirente; anzi l'obbligo di trasferire la proprietà non è pure esistito, poichè ella è stata trasferita innanzi al rilascio.

Pertanto l'azione del compratore contro al venditore a fin d'ottenere il rilascio è reale insieme e personale, ossia un'azione mista. Con buona ragione una decisione della Corte suprema (2 febbr. 1809) e Troplong (I-262) decidono in tal modo, nè sa comprendersi la contraria dottrina di Poncet (*Azioni*, p. 180), Carrè (*Compet.*, I, p. 517) e Duvergier (I-258). Quest'ultimo, tuttochè riconosca che il compratore è proprietario e perciò ha un'azione reale, pretende aver cotesta azione per rispetto ai terzi, e invece un'azione tutta personale contro al venditore per l'obbligo che ha costui di rilasciargli la cosa. Non è un manifesto errore? Il compratore è ben proprietario tanto per rispetto al venditore che per rispetto agli altri, ed egli deve conservare il suo diritto di proprietà quanto un terzo possessore. Adunque l'azione del compratore che chiede dal venditore la immessione in possesso, è fondata e sull'obbligo del rilascio imposto dal contratto al venditore, e sul dritto di proprietà che fu trasmesso dal medesimo contratto; e se contro al terzo agisce qual proprietario, e contro al venditore qual creditore, egli è insieme l'una cosa e l'altra. La sua azione è dunque reale e personale. Il che sorge dall'essere oggi la vendita non, come un tempo, un contratto che generi solo obbligazione ma insieme un contratto che trasferisca la proprietà, un atto di alienazione, la quale ha effetto tanto in faccia ai terzi che al venditore.

SEZIONE II.

DELLA TRADIZIONE.

Il Codice dirà successivamente: 1° che cosa sia la tradizione, e da quali atti si costituisca (art. 1604-1607 (1450-1453)); 2° a spese di chi, dove e quando deve farsi (art. 1608-1613 (1454-1459)); 3° che cosa deve comprendere (articoli 1614-1623 (1460-1469)); 4° infine da chi si corrono i rischi della cosa dal dì della vendita fino alla consegna (art. 1624 (1470)).

1. Che cosa è la tradizione e da quali atti è costituita.

1604 (1450). — La tradizione è la traslazione della cosa venduta in potere e possesso del compratore.

1605 (1451). — Il venditore adempie l'obbligazione di consegnare gl' immobili, quando ha dato le chiavi, se trattisi di un edificio, o quando ha consegnato i titoli della proprietà venduta.

1606 (1452). — La tradizione delle cose mobili si compie o colla tradizione reale, o col consegnar le chiavi degli edifici, ove si conservano, o anche col solo consenso delle parti, se la traslazione non può eseguirsi nel tempo della vendita, o pure se il compratore le aveva già in suo potere per altro titolo.

1607 (1453). — La tradizione dei diritti incorporali si esegue o col consegnare i titoli, o coll' uso che ne fa il compratore di consenso col venditore.

SOMMARIO.

I. Che cosa sia il rilascio. Sottigliezze degli antichi dottori rigettate dal Codice. Errore di Duvergier.
II. Il rilascio degli immobili può farsi alle volte anche colla semplice consegna dei titoli, o delle chiavi, o col solo consenso. Cattiva compilazione dell'art. 1605 (1451).
III. Il rilascio dei mobili può farsi in cinque modi. — Tre di essi possono applicarsi, secondo i casi, alle cose incorporali. —
IV. Il rilascio non dà luogo a prescrizione: massima differenza tra il rilascio e l'immissione in possesso utile per prescrivere: confutazione di una grave inesattezza.

I. — Il rilascio consiste nè più nè meno nel dare in potere e possesso dell' acquirente la cosa venduta; la quale definizione esattissima dataci dall' art. **1604 (1450)** deve servirci di guida per ispiegare e dar compimento alle regole particolari. che si contengono nei tre seguenti articoli.

Gli antichi dottori distinguevano varie specie di rilascio, o tradizione. Essi opponevano alla tradizione reale le simulate o simboliche ed allegoriche: a mò di esempio, consideravano come una allegoria della tradizione dei mobili contenuti in una casa, la tradizione delle chiavi di essa casa, che dovea farsi innanzi la porta, ***apud horrea, in re praesenti***. Quanto al prender possesso ordinario ed effettivo, si ammetteva un possesso di ***lunga mano*** preso dall'acquirente col riguardare da lungi la cosa, ritenendosi l' occhio come la mano più lunga di cui lo acquirente si serviva per impossessarsi della cosa. Parimente, se lo acquirente prima della vendita possedeva di fatto la cosa, come depositario, locatario o altrimenti, dicevasi dagli antichi dottori che egli si reputa aver consegnato la cosa al venditore il quale immediatamente si stima rendergliela al primo, di modo che è questa una finzione per cui si immaginano due tradizioni successive della cosa, e che dicesi tradizione ***di breve-mano***; nel mentre che potevasi dire, che il rilascio si opera col semplice consenso, senza che sia mestieri della tradizione. Il nostro Codice ha rigettato cotesto sistema empirico e materialista di finzioni e di allegorie; e non sappiamo comprendere come Duvergier voglia ancora ritornare a quelle puerili sottigliezze, annoverando con Pothier fra le diverse specie di tradizioni, ***la mostra***, in cui ***gli occhi dell'acquirente fan quello che far dovrebbero i suoi piedi e le sue mani***, facendogli ***acquistare il possesso di un podere, come se gli fosse consegnato***, e quello ***di una cosa mobile, come se l' avesse ricevuta nelle sue mani*** (I-250)... Queste e somiglianti idee non han più luogo solo

il Codice Napoleone; poichè oggi bisogna dirsi che il rilascio si è effettuato, allorchè lo acquirente abbia la cosa in suo potere e possesso, in qualunque modo, sia colla tradizione o con un qualunque atto materiale, o senza.

II. — Il Codice enumerando i vari modi in cui può effettuirsi il rilascio, fa distinzione fra i mobili e gli immobili, fra le cose corporali e le incorporali.

L' art. 1605 (1451) ci dice in quanto agli immobili, che il venditore adempie la obbligazione di consegnarli, quando ha dato le chiavi o i titoli di proprietà. La qual proposizione sarebbe in aperta contraddizione con l'art. 1604 (1450), se si prendesse alla lettera intendendosi che il venditore non sia ad altro tenuto che a consegnare le chiavi o i titoli. Sarebbe in vero assurdo, se si volesse dire che il venditore adempia alla sua obbligazione consegnando le chiavi e ritenendo i titoli, o viceversa: se io vi vendo la casa da me abitata, sarebbe veramente risibile il credermi disobbligato interamente col consegnarvi i varî titoli che costituiscono il mio dritto di proprietà, e continuando poi ad abitarla! Come è manifesto io debbo non solo consegnarvi i titoli e le chiavi, ma l'immobile medesimo, cavandone tutti quei mobili che per avventura vi fossero, dandovelo libero perchè voi possiate andare ad abitarlo o darlo in affitto o farne quel migliore uso che credete. A dir breve, il venditore deve rilasciare all'acquirente il libero possesso della cosa, dandogli tutto ciò che serve ad esercitarlo senza riserva alcuna. L'articolo dunque non dovrà intendersi nel senso che il venditore abbia adempito *intieramente* la sua obbligazione consegnando le chiavi o i titoli, ma nel senso che può qualche volta avvenire che il rilascio fosse intero *anche* colla semplice consegna delle chiavi o dei titoli: così se io vi vendo il mio campo, non debbo far altro per adempire la mia obbligazione, che consegnarvi i titoli della mia proprietà; se una casa, un giardino o qualunque altro ricinto che io non occupo e di cui nulla ho a togliere, non dovrò altro consegnarvi che i titoli e le chiavi, o queste soltanto se non abbia titoli. Così dunque deve intendersi l' articolo, quantunque assai malamente compilato, cioè, che il rilascio di uno immobile e di tutto ciò che vi è annesso, può alle volte adempirsi interamente colla semplice consegna dei titoli o delle chiavi.

E se io non abbia titolo di un immobile non ricinto da muri, e da cui nulla ho a togliere (per esempio un campo su cui ho già fatto il ricolto), in questo caso io non dovrei nulla consegnarvi, nissun fatto adempire, ed il rilascio consisterebbe nello astenermi da ogni fatto che potesse turbare gli atti del vostro possesso. Non vi dovrei nemmeno nulla consegnare (tranne i titoli di proprietà, se ne ho) se voi stesso prima della vendita foste in possesso dell' immobile come affittaiuolo o usufruttuario; però fino a quel tempo voi possedevate in nome mio e per mio conto, d'allora in poi comincerete a possedere in nome vostro. Infine può anche avvenire che io venditore possegga l' immobile, e non ve lo consegni; come per esempio, allorchè conveniamo che io sia locatario o usufruttuario della cosa che vi vendo, con questa differenza però, che fino allora possedeva in nome mio, mentre da ora posseggo in vostro nome. Questa convenzione, con cui il precedente proprietario è reso possessore da un altro, dicesi *costituto possessorio*, o clausola *di costituto e di precario*.

III. — Il rilascio dei mobili può farsi in tre modi secondo l'art. 1606 (1452); ma ve ne sono altri.

A differenza degli immobili, il rilascio delle cose mobili può compirsi colla tradizione reale propriamente detta, cioè con la consegna delle medesime cose, come per esempio quando io vi dò in mano il mio orologio, i miei libri, la mia sedia a bracciuoli che porterete via, il mio cavallo o il mio bue che condurrete, o se vi apro il mio magazzino o il mio granaio, perchè caricaste la vostra vettura delle dodici botti di vino o dei venti ettolitri di frumento che vi ho venduto. — Inoltre può farsi colla consegna delle chiavi degli edifizî ove si trovino le cose vendute; questa tradizione

non è reale nel senso della prima, poichè non si dà direttamente ed immediatamente la cosa, ma è sempre reale, e non solo allegorica, poichè realmente si dà la cosa in possesso ed a disposizione del compratore, ed il venditore non potrebbe rimettersene in possesso se non con un furto accompagnato da frattura o da false chiavi! — Il rilascio può anche farsi col solo consenso delle parti, in due casi: 1° se l'acquirente fosse in possesso prima della vendita, a titolo d'usufrutto, di locazione, di prestito o di deposito, o se le parti convengano che la cosa rimarrà con uno di quei titoli al venditore, che la possederà per conto dell'acquirente, come testè dicemmo per gl' immobili; 2° se per la lontananza delle cose, o per qualunque altro impedimento, l'acquirente non possa prendere immediatamente possesso delle cose, e il venditore se ne sia spossessato mentalmente, dando al primo, per mò d'esempio, un ordine di rilascio con cui egli potrà prender le cose quando che voglia. — Oltre a questi tre modi, il rilascio potrà farsi, parimente che per gl' immobili, colla consegna dei titoli di proprietà ed altri che il venditore abbia sull'oggetto, come l'atto con cui si riconosce esser francese (*francisation*), se sia un naviglio. — Infine il rilascio ha luogo, quando l'acquirente, col consenso del venditore, apponga il suo suggello o qualunque sua impronta sulle cose vendute.

Il rilascio delle cose incorporali, secondo l'art. 1607 (1453), si esegue o colla consegna dei titoli, o coll'uso che ne fa il compratore col consenso del venditore. Così, se io vi vendo il credito che ho contro un terzo, la mia obbligazione di rilasciare consiste nel consegnarvi il titolo contro di lui (art. 1689 (1535)). Così pure se vi vendo il dritto di usufrutto che ho sui beni di un terzo, il rilascio consisterà nel consegnarvi l'atto che costituisce il mio usufrutto. Che se io stesso vi cedo un usufrutto o altra servitù positiva sul mio fondo, in tal caso non debbo consegnarvi alcun titolo (1), bastando, perchè vi sia rilascio, farvi esercitare il dritto sul mio fondo. Se la servitù fosse negativa, cioè consistesse unicamente in non fare (art. 687 (608), n. I, § 3), il rilascio allora risulterebbe dal solo consenso, non essendovi titoli che io debba consegnarvi, nè atti che voi dobbiate esercitare.

IV. — Quantunque la tradizione sia definita la traslazione della cosa in possesso del compratore, non bisogna dirsi però, come si fa da molti, anche nelle scuole (2), che nelle vendite fatte ***a non domino***, la traslazione sia il principio della prescrizione in fatto d'immobili, ed il compimento immediato di essa per i mobili acquistati di buona fede. Ciò importa confondere due cose affatto distinte. — Il rilascio riguarda puramente il venditore e l'acquirente, ed ha luogo esclusivamente fra le due parti: mentre che il possesso necessario per la prescrizione deve esistere assolutamente e in faccia a tutti. Se, avendo venduto la casa che abito, ne faccio a voi il rilascio, togliendone i mobili, e dandovi le chiavi e insieme i titoli, il rilascio sarà interamente perfetto. Ma se voi dovreste prescrivere (perchè io non era il vero proprietario dello immobile) potreste incominciare a contare dal tempo del rilascio? Noi diciamo che no; poichè la prescrizione deve risultare dal vostro possesso reale e pubblico, cioè da una circostanza che non riguarda me venditore.

Se voi, anzichè mettervi in possesso della cosa o in persona e per mezzo di un locatario, o per altri che possieda per voi,

(1) Diciamo che in tal caso non deve consegnarsi alcun titolo, poiché la legge non parla della consegna dell'atto di vendita, ma dei varî atti che il venditore già possedeva. L'atto di vendita non garantisce affatto l' acquirente in faccia agli antichi proprietarî; e per altro appartiene tanto al compratore che al venditore: se fosse una scrittura privata, l'acquirente avrà il duplicato; se fatto innanzi notaro, questi dovrà consegnarne una spedizione all'acquirente ed altra al venditore: in tal caso adunque l'acquirente non ha che domandare, nè il venditore deve nulla rilasciare. Per altro l'idea della legge, chiara per se stessa, è indicata anche più nettamente dall'art. 1689 (1535). Dumoulin (*Dei feudi*, § 20, gl. 5, 14); Merlin (*Rep.*, alla parola *Tradizione*); Troplong (I-276); Duvergier (I-255).

(2) Mourlon (*Ripetizioni*, t. III, pag. 169, 2° e 3°).

sarete così trascurato da lasciarla inabitata (1), non è egli chiaro che non potrà correre prescrizione? E se un terzo si impossessasse della casa, non prescriverebbe egli forse, anzichè voi?... E non pertanto il rilascio della cosa venduta era stato intero e perfetto!

Il rilascio adunque non genera per se stesso la prescrizione. Il venditore col rilascio offre e prepara il possesso al compratore rimettendogli tutto ciò che all'uopo gli abbisogna, ma deve poi il compratore recarlo in atto; il venditore lascia vuoto il luogo al compratore e gli porge i mezzi con cui occuparlo, ma questi deve farne la occupazione. S'incomincia soltanto a prescrivere quando si è già fatta la occupazione. Il rilascio quindi è la messa in possesso del compratore per parte del venditore, il che importa che questi deve spogliarsi del possesso e lasciarlo libero all'altro, il quale poi deve curare di recare in fatto il possesso.

Cotesta distinzione, oltre che deriva dalla natura medesima delle cose, è sanzionata nel Codice per la cessione dei crediti. Secondo il nostro art. 1607 (1453) il rilascio dei diritti delle cose incorporali (fra cui comprendonsi i crediti) si fa colla consegna del titolo; nell'art. 1689 (1535) che cotesto principio applica ai crediti ed altri diritti da esercitarsi contro un terzo, si ripete che la cessione di un credito o di un diritto, o di un'azione contro di un terzo si esegue *colla consegna del* titolo, ma *tra il cedente e il cessionario*, spiegandosi nel seguente articolo, che il dritto del cessionario, rispettivamente al terzo, non comincia se non quando denunzia al debitore la cessione.

Non si confonda pertanto il rilascio a cui è obbligato il venditore verso il compratore, col prendere effettivamente possesso che quest'ultimo, cui spetta, può o no compiere, senza che punto vi si ingerisca il venditore. Certo questi due fatti delle volte non saranno disgiunti come quando il compratore chiede il rilascio di mobili corporali colla consegna diretta; ma non è sempre così; il possesso reale e pubblico, che solo ingenera la prescrizione (art. 2229 (2135)) non entrerà spesso nel rilascio, il quale benchè sempre compito e perfetto, non farà mai generare la prescrizione. La prescrizione nasce da un possesso reale e pubblico; il rilascio avviene coll'abbandono che fa il venditore del possesso al compratore che può o no prenderlo; la prescrizione compiesi sempre senza che c'entri affatto il rilascio; il rilascio compiesi sempre senza che per esso segua la prescrizione; non debbonsi adunque confondere questi due ordini di idee.

Pertanto, nella quistione se una persona abbia prescritto una cosa, non entra punto il rilascio, ma solo se abbia posseduto con le condizioni prescritte. Così, nella riferita ipotesi che il compratore non occupi l'immobile, questi non può prescrivere, benchè abbia avuto il rilascio, dacchè non ha il possesso. Parimente, se Pietro vi vende una cosa mobile non sua, e voi consentite che il rilascio compiasi con la consegna dei titoli, e con la convenzione che egli riterrà la cosa in deposito, detenendola in nome vostro, il vero proprietario potrà rivendicarla, nè voi potreste opporre la prescrizione dell'art. 2279 (2185), perchè il vostro possesso (essendo voi che possedete per mezzo di Pietro) non è pubblico come vuole l'art. 2229 (2135). Viceversa, se voi avete recato in casa vostra l'oggetto mobile, ovvero se occupate la casa, voi avete prescritto, non ostante che il venditore non vi avesse consegnato i titoli, dacchè il vostro possesso era pubblico, a ti-

(1) Quel che noi diciamo, varrebbe anche nel caso in cui un tale non prenda possesso dello immobile di cui è o si crede proprietario, quand'anche fosse puramente immaginaria e da non verificarsi mai siffatta ipotesi: ma non è così. In questi tempi, in una delle più ricche contrade della Francia, nel dipartimento della Senna Inferiore (distretto di Dieppa, comune di Bracquetuit, vicino la stazione Saint-Victor l'Abbaye) esiste un immobile composto di più edificî, prati e giardini, inoccupato da più di trenta anni, e di cui non si conosce o suppone il proprietario, esposto ora a chi primo voglia impossessarsene.

tolo di proprietario. In cotal modo voi non prescrivete nei due primi casi, con un rilascio il più compito; prescrivete negli altri, con un rilascio non compito.

Del resto, gli scrittori che non presentano cotesta importante distinzione, e nè pur l'accennano, ne ammettono presso a poco i risultamenti, riconoscendo che in molti casi non si potrà prescrivere, sebbene il rilascio sia debitamente compito (1). Ma a che allora dire che il rilascio sia un principio di prescrizione? Lo ripetiamo, sono due cose affatto distinte, il rilascio e la prescrizione a fin di acquistare.

2. Spese della tradizione, dove e quando deve farsi.

1608 (1454). — Le spese della tradizione sono a carico del venditore, e quelle del trasporto sono a carico del compratore, se non vi sia stata stipulazione in contrario.

1609 (1455). — La tradizione dee farsi nel luogo in cui la cosa si ritrovava allorchè fu venduta, quando non siasi diversamente pattuito.

1610 (1456). — Se il venditore manchi di far la tradizione nel tempo fra le parti convenuto, potrà il compratore chiedere, a suo arbitrio, o la risoluzione del contratto, o che egli sia posto nel possesso della cosa venduta, se il ritardo derivi dal fatto del venditore.*

1611 (1457). — In tutti i casi il venditore debbe essere condannato al risarcimento de' danni ed interessi, qualora dalla tradizione non fatta nel tempo convenuto ne risulti un pregiudizio al compratore.**

1612 (1458). — Il venditore non è tenuto a consegnare la cosa, se il compratore non ne paghi il prezzo, ed il venditore non gli abbia accordato dilazione al pagamento.

1613 (1459). — Nè pure è tenuto a consegnarla, quando anche avesse accordato una dilazione al pagamento, se dopo la vendita il compratore sia fallito, o sia prossimo al fallimento, in guisa che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo; purchè il compratore non dia cauzione di pagare nel termine convenuto.

SOMMARIO.

I. Regole per le spese del rilascio e del trasporto. Ove deve farsi la consegna: rimando.

II. Regole per il tempo della consegna: soluzioni e rimandi.

I. — Il venditore è tenuto al rilascio, per cui deve pagarne le spese; il compratore, cui incombe di prender possesso, deve pagare le spese del trasporto: ciò è pur dichiarato dall' art. 1608 (1454). Conseguentemente il venditore deve pagare colui che pesa, numera, misura, come il salario di chi dovrebbe tenere i magazzini aperti, quando dovrà farsene il rilascio al compratore; questi per lo incontro pagherà

(1) Troplong (1-281 e 282); Duvergier (1-251 e 253).

* Nell'associazione ad un'opera a fascicoli, l'editore è obbligato consegnarli a misura che si pubblicano: se invece faccia offerta dell'opera all' associato, questi nel giudizio della convalida può dimandare la risoluzione del contratto in eccezione, anzichè farsi in via principale, o riconvenzionale. C. S. di Napoli, 12 aprile 1849.

** Ne' contratti di compra-vendita di derrate, la tradizione della cosa ed il pagamento del prezzo costituisce un egual dovere da adempirsi da ciascun contraente. In conseguenza nel caso che uno di loro voglia farsi attore e giovarsi dell' inadempimento dell' altro per renderlo responsabile dei danni ed interessi, non può dispensarsi, alla sua denza, dal costituirlo in mora con l'adempimento dal canto suo dell'obbligazione contratta. C. S. di Napoli, 9 dic. 1844.

e spese per imballare, caricare, trasportare. Del resto, le parti con una convenzione espressa o tacita possono immutare cotesti principî; e dove manchi la dichiarazione, si debbono seguire gli usi del paese in ciò in cui sarebbero diversi dalla disposizione dell'art. **1608** (**1454**).

Inoltre il luogo del rilascio deve determinarsi dalle parti con una convenzione espressa o tacita; la regola dell'art. **1609** (**1455**), secondo cui la cosa deve consegnarsi nel luogo in cui si trovava allorchè fu venduta, deve applicarsi quando non siasi diversamente pattuito. — Ciò è stato spiegato più a lungo sotto l'articolo **1247** (**1200**), a cui ci riportiamo. Aggiungiamo soltanto, che nel caso in cui si indicassero due luoghi, senza dir chi avrebbe la scelta, il venditore dovrebbe esser preferito, poichè egli deve fare il rilascio.

Ci resta ora ad esaminare le regole relative al tempo in cui deve farsi il rilascio, stabilite dagli art. **1610**-**1613** (**1456**-**1459**).

II. — Il rilascio deve farsi al tempo indicato nella convenzione. Se nulla siasi detto, il compratore potrà chiederlo all'istante, tranne che un dato termine sia necessario per ragioni note al compratore, nel qual caso si reputerà esservi stata una convenzione.

Il venditore potrà negarsi al rilascio, se il compratore, cui non si è accordato termine per il pagamento del prezzo, non paghi; non si può obbligare una parte, quando l'altra non adempia la corrispettiva obbligazione (articolo **1612** (**1458**)). Se il compratore goda di un termine, il venditore potrebbe anche negarsi al rilascio, se quegli dopo la vendita sia fallito o decotto, o abbia scemate le garanzie date al venditore nel contratto, tranne che non si abbia una sufficiente garanzia in ciò che rimane (articoli **1613** e **1188** (**1459** e **1141**) (1). Che se il compratore era già fallito o decotto al tempo della vendita, il venditore potrebbe pretendere di esser pagato immediatamente o di esser garantito, purchè provi di essergli stato con frode dissimulato lo stato di fallimento o di decozione.

Se oltre a questi casi, in cui è permesso al venditore di negarsi al rilascio, egli non lo esegua al tempo stabilito per suo fatto o colpa, il compratore potrà, o farsi immettere dalla giustizia nel possesso della cosa, o far risolvere il contratto (art. **1610** (**1456**)), ottenendo sempre i danni-interessi, se ne abbia sofferto (art. **1611** (**1457**)). È necessario però che si sia prima intimato il venditore a rilasciare, tranne che 1° si fosse formalmente convenuto che il venditore sarebbe in mora appena scorso il termine, senza bisogno di alcuna citazione, o 2° se la cosa venduta non potesse utilmente rilasciarsi al compratore se non entro un termine, che il venditore ha fatto trascorrere, come se avessi comprato da voi per la tal fiera mercanzie che voi dovete rimettermi, al più tardi, la vigilia, e che voi non mi mandate (articolo **1139** e **1146** (**1039** e **1100** M). Oltre a questi due casi, il compratore non può domandare lo scioglimento, e neanche danni-interessi e insieme lo adempimento della obbligazione pria di fare una intima; ma i giudici che debbono pronunziare sulla domanda possono secondo i casi accordare al venditore un termine onde eseguire (articolo **1184** (**1137**)). Ricordiamo infine, che ove il venditore provi non aver fatto il rilascio per avvenimenti di forza maggiore, si potrebbe secondo le circostanze dichiarare lo scioglimento (come se si è fatta una compra per una fiera, dopo la quale le mercanzie non servono più al compratore) ma non mai condannare il venditore a danni-interessi (art. **1148** (**1102**).

In coteste varie soluzioni si applicano i principî sviluppati nel titolo *delle Obbligazioni*, per cui rimandiamo alla spiegazione dei riferiti articoli, non che degli artico-

(1) Si è giudicato in questo senso, che il venditore di un fondo di commercio, che ha stipulato un termine pel rilascio, può ottenere, anche prima che il termine fosse scorso, lo scioglimento del contratto, se il compratore sia a mal partito, tanto da far temere che non pagherebbe il prezzo. Parigi, 11 luglio 1853 (J. P., 53, 2, 376).

li 1150 e 1151 (1104 e 1105) sotto i quali abbiamo svolto quanto, secondo i casi, possa essere il debito dei danni-interessi, e l'antica distinzione dei danni sofferti *extrinsecus* o ***propter rem ipsam***.

3. Qual deve essere l'oggetto della tradizione.

1614 (1460). — La cosa dee consegnarsi nello stato in cui si trova nel tempo della vendita. Dal giorno della vendita tutti i frutti spettano al compratore.

SOMMARIO

I. Lo stato della cosa deve considerarsi al giorno della vendita, per i deterioramenti imputabili al venditore; al giorno del rilascio per quelli provenienti da forza maggiore. Osservazione intorno alla spettanza dei frutti.

II. Rimando per le vendite condizionali. Quid in tal caso dello acquisto dei frutti? rimando e nuovo esame.

I. — L'acquirente diviene proprietario della cosa dal giorno medesimo della vendita, e da questo giorno appunto il venditore la deve; egli dunque dovrà rilasciarla nello stato in cui allora si trovava, cioè non deteriorata per sua colpa. Questo vuol dire il nostro art. 1614 (1460); la regola che *la cosa dee consegnarsi nello stato in cui si trova nel tempo della vendita*, deve intendersi in un senso puramente relativo all'obbligazione del venditore di non mutar la cosa nell'intervallo dalla vendita alla tradizione, e non in un senso assoluto. Infatti, se dal giorno del contratto il compratore divenga proprietario, andranno in vantaggio o detrimento di lui, senza alcuna possibilità di aumento o scemamento di prezzo, tutti gli avvenimenti di forza maggiore che immeglierebbero o farebbero deteriorare la cosa; in modo che, in quanto a cotesti avvenimenti di forza maggiore, la cosa dovrà consegnarsi e riceversi nello stato in cui si trova *al tempo del rilascio*. Ma se il venditore sia in colpa, allora egli dovrà consegnare la cosa nello stato in cui si trovava al tempo della vendita, rispondendo di tutti i deterioramenti della cosa a lui imputabili; e se viceversa egli avesse migliorato la cosa, il compratore dovrà pagargliene il valore, o permettergli di ritornar le cose allo stato di prima; egli dovrà anche rimborsar tutte le spese che il venditore avrebbe dovuto fare per la conservazione della cosa.

Inoltre i frutti naturali o civili della cosa venduta appartengono al compratore dal giorno della vendita. È questa un'altra conseguenza parimente indicata dal nostro articolo, e che scaturisce dal principio che l'acquirente è proprietario della cosa fin da quel giorno e prima che si sia consegnata. Certo si può derogare a tal regola con una convenzione, stabilendosi per esempio, come spesso si fa, che il compratore goderà della cosa a tal tempo, la qual riserva devesi alle volte sottintendere, quantunque non si sia usata nè la parola *godimento* nè la parola *frutti*, dicendosi per modo di esempio che il venditore consegnerà il suo podere dopo il vegnente ricolto, cioè che egli prenderà il ricolto. Ma se una convenzione speciale non vi sia, il compratore godrà di tutti i frutti dal giorno della vendita.

II. — Se la vendita sia condizionale, dovranno applicarsi le regole da noi sopra spiegate sotto gli art. 1179 e 1182 (1132 e 1135).

Ivi abbiam visto specialmente che adempiedosi la condizione, la vendita si terrà come fatta dal giorno medesimo del contratto, e quindi acquistata la proprietà dal compratore, il quale si avvantaggerà di tutti i frutti a contare da quel giorno, tranne non si sia indicato il contrario. Toullier e Duranton professano la contraria dottrina.

e Troplong (I-322) e Duvergier (I-pagina 321, nota) li han seguito, ma nè l'uno nè l'altro hanno aggiunto alcun' altra valida ragione, od anche speciosa, a quelle che noi già sopra confutammo. Troplong riproduce i medesimi motivi, dicendo che il venditore, *pendente conditione*, fa suoi i frutti come proprietario, e come possessore; è questa una prima contraddizione, poichè chi è proprietario non è un semplice possessore di buona fede, e viceversa; del resto abbiam visto, che adempiutasi la condizione, il venditore si reputerà non essere stato *nè proprietario*, poichè la vendita ebbe luogo fin dal tempo del contratto, *nè possessore di buona fede*, poichè egli conosceva che il suo dritto potea risolversi. Troplong, dopo aver citato un tratto di Cujacio il quale parla di quel che avviene *ante conditionem impletam*, mentre qui trattasi di quello che avviene *post conditionem impletam*, ed inoltre una legge romana, che non riguarda per nulla la quistione (1), assegna per ultima ragione essere ingiusto che lo acquirente goda dei frutti, mentre non paga gl' interessi del suo prezzo. Duvergier si persuade che tutte le altre ragioni non valgono un nulla, ma quest' ultima la trova decisiva. Eppure essa è la meno fondata e la più erronea, poichè se il compratore, perfezionata la vendita, la quale retroagisce al giorno medesimo del contratto, acquista fin da allora il diritto di proprietà con tutti gli accessori, egli dovrà pure fin da quel giorno il prezzo stabilito, in guisa che pagherà gli interessi e prenderà i frutti. — Infine si è immaginato un *qui pro quo* tutto nuovo, dicendo che la retroattività versa *sui dritti* e non *su i fatti*, e che lo adempimento della condizione non può far venir meno il fatto della percezione (2). Non v'ha dubbio; la retroattività delle condizioni, nè alcuna altra regola può annullare un fatto. Nè la legge, nè Dio medesimo può fare l' impossibile. — Ma la legge potrà certamente annullare le conseguenze legali che dovrebbero nascere da questo fatto, i dritti che esso dovrebbe ingenerare, in modo che, se per lo adempimento della condizione non può distruggersi il fatto materiale della percezione del venditore, potrà bensì togliersi a quest'ultimo il dritto di proprietà che egli aveva sui frutti percepiti.

Non uno adunque dei quattro o cinque motivi imaginati può reggere allo esame. Infatti, siccome tutti riconoscono, adempiendosi la condizione, la vendita si riputerà essere stata fatta puramente e semplicemente *ab initio*; da questo punto adunque i frutti apparterranno al compratore, e gl' interessi del prezzo al venditore. Se così non fosse, si contraffarrebbe al principio della retroattività e alla disposizione del nostro articolo 1614 (1460), cioè che i *frutti spettano al compratore dal giorno della vendita*. Le sole parti possono derogare a questa regola; sicchè bisogna che *in fatto* si provi essere stato intendimento delle parti di rilasciare i frutti al venditore, e gli interessi del prezzo al compratore.

1615 (1461).—L'obbligo di consegnare la cosa comprende quello di consegnar i suoi accessori, e tutto ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa.

I. — Per quanto facile si è questo principio che il rilascio della cosa deve comprendere i suoi accessori e tutto ciò che dipende da essa, altrettanto difficile, ed anche impossibile sarebbe enumerare interamente i vari oggetti, che nei differenti casi possono essere gli accessori della cosa principale, o stabilire definizioni o regole generali per applicarle alle moltissime specie che possono presentarsi.

(1) È questa la legge 31 (*Dig.*, *de legatis*, 2°), la quale parla solo di una quistione di liberazione e non di frutti.

(2) Mourlon, nelle sue *Ripetizioni* sul secondo esame, pag. 534, offre questo motivo come prodotto dal professore Valette.

Il conoscere se il tale o tale oggetto sia un accessorio o una dipendenza della cosa venduta, è una quistione di fatto che dovrà valutarsi dal magistrato; e con molta avvedutezza i compilatori del Codice posero da banda le idee dommatiche che prima si erano volute stabilire nella nostra disposizione (1).

1616 (1462). — Il venditore è tenuto alla tradizione della cosa in tutta l'estensione che si è stipulata nel contratto, sotto le modificazioni che seguono.*

SOMMARIO.

I. Le vendite d'immobili, in quanto alla estensione, possono farsi in sei modi differenti.
II. Esame dei primi tre casi. Anche nel secondo caso la vendita non trasmette immediatamente la proprietà: errore di Duvergier.

I. — In questo e nei seguenti articoli si stabilisce come debba farsi la consegna nei quattro casi in cui si vendano gli immobili, indicandosene la estensione. Il Codice ne prevede due soltanto; in esso non si parla degli altri due, come nè dei due casi in cui la vendita si faccia senza indicare la estensione. Son queste le sei ipotesi.

E in prima, le vendite in cui non si indica la estensione:

1° Vendita di un immobile determinato ad un sol prezzo, senza indicarne la estensione: per esempio, quando io vi vendo il tal terreno chiuso fra tali limiti per il prezzo di 20,000, fr.;

2° Vendita di un immobile determinato, senza indicarsene nemmeno la estensione, ma computato a tanto per ogni misura: io vi vendo il terreno ricinto fra tali limiti per 100 fr. l'ara.

Quindi le vendite in cui si indica la estensione:

3° Vendita di un determinato numero di misure da prendersi in un vasto terreno: io vi vendo per esempio (sia a 1,000 fr. l'ettare, sia per un prezzo totale di 90 mila fr.), un quadro di 9 ettari da prendere nel tal campo;

4° Vendita di un immobile determinato, indicandosene la estensione in ragione di un tanto per ogni misura, si dica o pur no il prezzo totale: vi vendo il mio vigneto di 15 ettari a 3,000 fr. l'ettare, non importa dire che il prezzo totale sia di 45 mila franchi (art. 1617 e 1618 (1463 e 1464 MM));

5° Vendita di un immobile determinato, indicandosene la estensione, ma consentita per unico prezzo, e non a tanto la misura: io vi vendo il mio vigneto di 15 ettari, per il prezzo di 45,000 fr. (articolo 1619 (1465));

6° Vendita di uno o più immobili, indicandosene la estensione, ma colla espressa convenzione che la differenza in più o in meno non produrrebbe alcun effetto.

(1) Fenet (t. XIV, p. 27). — Si possono consultare, intorno a questa quistione di fatto degli accessorî e dipendenze della cosa venduta, gli esempî dati da Merlin (*Rep.*, alla parola *Accessori*); Troplong (1-323); Limoges, 15 giugno 1829; Rouen, 30 agosto 1820; Rig., 18 luglio 1822; Rouen, 21 febbraro 1824; Bordeaux, 24 luglio 1820; Riom, 8 aprile 1827; Tolosa, 1° giugno 1827; Bordeaux, 14 dic. 1829; Pau, 28 maggio 1831; Rig., 1 luglio 1834; Rig., 14 luglio 1840; Rouen, 14 giugno 1813; Rig., 25 luglio 1843; Grenoble, 29 nov. 1843 (Dev., 31, 2, 201; 35, 1, 206; 40, 1, 910; 43, 1, 839, e 2, 519; 44, 2, 490).

Quando si vende uno stabile, meno alcune parti, tutto il resto è compreso nella vendita. C. S. di Napoli, 16 febb. 1832.

— La facoltà data al compratore di recedere dal contratto quando la estensione del fondo si trovi minore della dichiarata, non vale nel caso che la diminuzione dipenda dal fatto di un terzo il quale rivendichi una parte del fondo. C. S. di Napoli, 24 gennaro 1840.

— Nelle vendite giudiziali, in cui il valore dell'immobile esposto venale viene stabilito con un prezzo, è ammessibile l'azione per diminuzione di prezzo intentata dall'aggiudicatario. C. Supr. di Napoli, 1 sett. 1845.

Il Codice prevede soltanto la quarta e la quinta delle sei ipotesi, le quali mano mano esamineremo.

II. — Sul primo caso non può nascere alcun dubbio. — Quando io vi vendo semplicemente il tale immobile per la somma di..., senza indicare la misura, spetta a voi invigilare sulla giustezza della cosa pria di stendere il contratto; nè dipoi vi potreste dolere se vi riesca meno di quel che credevate, come nemmeno io potrei pretendere lo scioglimento o un aumento di prezzo, perchè forse lo immobile riesca dippiù di quel che io credevo. La compra-vendita è versata sullo immobile tale quale; la vendita non è vincolata da alcuna condizione o modalità: appena firmato l'atto, voi siete irrevocabilmente proprietario dell'immobile, ed io creditore della somma stabilita.

Non è così per il secondo caso, in cui facendosi la vendita a tanto la misura, il prezzo si dovrà conoscere secondo la misurazione; in tal caso dunque la vendita è condizionale: adempitasi la condizione, cioè misuratosi lo immobile, essa sarà perfetta; però fino a qnesto punto il venditore avrà la proprietà della cosa e con essa i rischi. Duvergier insegna il contrario (I-284), pretendendo, contro alla dottrina di Troplong (I-329, § 3), che la proprietà passi immediatamente all'acquirente, perchè l'oggetto venduto è un corpo certo. È questo un errore che noi abbiamo già confutato sotto l'articolo 1585 (1430), n. III, e che per altro è contraddetto dallo stesso Duvergier, senza nemmeno accorgersene. Non v'ha dubbio: l'oggetto è un corpo certo; ma ciò non importa che esso possa diventar la proprietà di un altro senza una vendita. Or in questo caso non vi ha vendita presente, ma semplicemente condizionale, *spes tantum venditionem fore*. Ciò è manifesto, poichè ancora manca il prezzo, che forma uno de' tre elementi costitutivi della vendita.

Lo stesso Duvergier ciò riconosce, allorchè aggiunge che, se la cosa venga meno, « *non rimane alcun mezzo per determinare il prezzo*, perchè impossibile la misurazione; dal che sorge che *la vendita manca di uno dei suoi elementi essenziali* ». Ma mancando un elemento *essenziale* la vendita non esiste, e non si può quindi operare il trasferimento della proprietà.

La terza ipotesi è come la prima semplicissima: essa riguarda il caso in cui si venda una determinata parte di terreno da prendersi in un campo più vasto. Tutti son d'accordo che la proprietà in tal caso si trasmette dopo la misurazione; in fatti per essa si determina l'oggetto della vendita, e fino a quel punto si è ancora incerti se il terreno debba prendersi da questo o da quel lato.

1617 (1463 M).—Se la vendita di uno stabile si è fatta coll'indicazione della estensione in ragione di un tanto per ogni misura, il venditore è obbligato di consegnare al compratore, se lo esige, la estensione indicata nel contratto. — E quando ciò non sia possibile, o il compratore non lo esiga, il venditore è obbligato di soggiacere ad una proporzionata diminuzione del prezzo.*

1618 (1464 M).—Se all'opposto nel caso dell'articolo precedente l'estensione si trovi maggiore di quella espressa nel contratto, il compratore ha la scelta, o di corrispondere il supplimento del prezzo, o di recedere dal contratto, se l'eccesso sia di una vigesima parte di più della estensione dichiarata nel contratto.**

* Il nostro art. 1463 è così concepito:
« Se la vendita di uno stabile si è fatta coll'indicazione della estensione in ragione di un tanto per ogni misura, il venditore è obbligato a soggiacere ad una proporzionata diminuzione del prezzo».
— Chiesta la diminuzione del prezzo per mancanza della cosa venduta, non è proibito di chiedere la risoluzione del contratto. C. S. di Napoli, 1 dicembre 1829.
— L'aggiudicatario non ha diritto ad indennizzazione sul prezzo del fondo che ritrova meno di estensione, quando non gli fu aggiudicato in ragion di un tanto per ogni misura, e vi era patto ne' capitoli di vendita senza darsi luogo a diminuzione alcuna. C. S. di Napoli, 22 agosto 1830.

** Nel nostro art. 1464 si dice espressamente: « allorchè l' eccesso oltrepassa la vigesima parte della estensione dichiarata nel contratto ».

SOMMARIO

I. 4ª ipotesi. *L'eccesso della estensione dà luogo a supplimento di prezzo, se sia di un ventesimo, cioè quando è permesso pure lo scioglimento: controversia.*
II. Il manco può dar luogo allo scioglimento, se il compratore provi che avuta conoscenza non avrebbe comprato. Risposta a Troplong.
III. Appena formato il contratto, la vendita è perfetta: errore di Duranton.

I. — In questi due articoli si prevede la quarta delle sei ipotesi sopra indicate, cioè la vendita di un immobile determinato, colla indicazione della estensione e del prezzo che si determina per ogni misura, senza che sia bisogno di dire il prezzo totale. — Così, per esempio, la vendita di una vigna di 20 ettari a 3,000 fr. l'ettare, si dica o no che il prezzo totale sia di 60 mila fr.

In questo caso, se la estensione reale differisca in più o in meno da quella dichiarata nel contratto, si otterranno vari effetti. Se in meno, il compratore può sempre pretendere o che il venditore gli supplisca il dippiù, per quanto poco, ove lo possa, dal fondo vicino se ne sia proprietario, o acquistandolo se può con discrete condizioni; se ciò non può, o se l'acquirente non vuole, egli dovrà in proporzione scemare il prezzo: così nell'esempio di sopra, se invece dei 20 ettari di terreno vendutimi, ne trovi 19 ettari e mezzo, il prezzo sarà scemato di 1,500 fr., e se 19 ettari e 80 are, sarà scemato di 600 fr. Se la differenza sia in più, potrà produrre effetto, secondo l'art. 1618 (1464 M), allorchè sia di un ventesimo: allora l' acquirente dovrà aumentare in proporzione il prezzo, tranne che non ami piuttosto recedere dal contratto. Si badi bene, che la regola si applicherà allorchè l'eccesso della estensione sia d'*un ventesimo*, e non *di più di un ventesimo* come dicesi alle volte (1); il testo dell'art. 1618 (1464 M) e i lavori preparatori parlan chiaro su tal proposito.

Abbiam detto che il manco della estensione, per poco che sia, dà sempre luogo ad uno scemamento di prezzo; e che all'opposto l'eccesso dà luogo ad un supplimento di prezzo se è d'un ventesimo (salvo il dritto del compratore di fare sciogliere il contratto); or ciò sembra esattissimo, avuto riguardo agli art. 1617 e 1618 (1463, 1464 MM), il primo dei quali accorda all'acquirente uno scemamento di prezzo, se la estensione non corrisponda, senza dire affatto quanto debba essere il manco, mentre che il secondo ammette il supplimento del prezzo, quando l'eccesso sia di un ventesimo. Nondimeno i quattro scrittori che han domandato se lo eccesso minore di un ventesimo produrrebbe effetto, risolvono che vi sarà sempre luogo ad un supplimento di prezzo, e che la differenza tra l' eccesso di un ventesimo e quello minore di un ventesimo, consiste in ciò solo, che il compratore potrà per il primo domandare lo scioglimento del contratto, mentre che per il secondo nol potrà (2).

Delvincourt, quantunque dubitando, porge alcuni motivi in sostegno di questo sistema; ma Troplong, Duvergier e Zachariae te lo dànno come naturalissimo, senza neppur prendersi cura di dirne il perchè. Noi lo crediamo troppo debole, e da non

(1) Mourlon specialmente presenta lo errore nella sua nudità, allorchè, dopo aver detto che l'eccesso debba essere *di più di un ventesimo,* aggiunge: « Se, per esempio, il terreno (venduto per 20 ettari) sia ventuno ettari *e mezzo* (3° esame, p. 175)». Questo mezzo ettare è troppo: la regola si applica quando il terreno sia di ventuno ettari.

(2) Delvincourt (III, note); Troplong (I-335); Duvergier (I-285); Zachariae (II, pag. 510). — Vedi Dijon. 27 marzo 1851 (J. du P., 53, 2, 27): questa decisione non versa sulla quistione; ma solo accorda un supplimento in proporzione, senza dire affatto se l'eccesso era o no d'un ventesimo.

potersi sostenere; a che importa infatti che Pothier abbia detto doversi un supplimento per qualunque eccesso, mentre il Codice, nei nostri due articoli, e nel seguente, ha rigettato le regole dell' antico dritto formandone delle nuove?... Rispondono, essere ingiusto che il venditore non debba pretendere sempre un supplimento di prezzo, quando il compratore ha dritto ad uno scemamento per qualunque manco. Ma chi non si accorge che le condizioni delle due parti sono ben differenti? Il venditore dichiara la estensione: la legge quindi niega a lui il prezzo dello eccesso per fargli risentire le conseguenze della sua colpa; ma non poteva negare al compratore lo scemamento del prezzo, perchè altrimenti lo avrebbe punito di una colpa non sua.

Infine si vorrebbe argomentare dal ravvicinamento dei nostri articoli coll' articolo 1619 (1465), dicendo che in quest'ultimo la legge intende stabilire una regola contraria alla nostra, allorchè niega qualunque supplimento di prezzo per ogni differenza minore di un ventesimo, e che quindi nei nostri art. 1617 e 1618 (1463 1464 MM) intende accordare l'uno e l'altro.

Ma ciò è inesatto; poichè se si vuol dire che la prima delle due regole ammetta lo scemamento, ma niega qualunque supplimento, e che la seconda ammetta l'uno e l' altro, esse sarebbero senza meno contrarie.

Ma come si può mai sconoscere il vero pensiero del legislatore se si ponga mente ad esaminare i principî generali e i lavori preparatori? Secondo i primi è chiaro che il compratore non può mai essere costretto a pagare un prezzo maggiore di quel che avea consentito, e che forse non potrebbe pagare. Che si voglia imporre l'obbligo di pagare un dippiù del prezzo convenuto, quando si accorda anche la facoltà di mandare a monte il negozio, e sia pure: l'acquirente non può lagnarsi, poichè aveva la scelta o di dare il dippiù o di fare annullare il contratto; così infatti stabilisce il Codice nel nostro art. 1617 (1463 M) e negli art. 1619 e 1620 (1465 e 1466). Ma ogniqualvolta si niega il dritto allo scioglimento, è ben chiaro che non può nemmeno esistere l' obbligo di pagare un dippiù: io infatti non potrei essere obbligato, perchè l'immobile vendutomi per 20 ettari sia di 20 ettari ed 80 are, a pagarvi un dippiù di 2,400 franchi, mentre che non ho voluto, e forse non ho potuto darvene che soli 60,000. Se domandandomi il supplimento, mi lasciate libero di non pagarlo, recedendo dal contratto, allora non potrei negarmi; ma la legge non poteva affatto permettere, che non ostante la convenzione, io dovessi pagarvi 2,400 fr., che non devo, e che forse non ho. Non è questo adunque il pensiero della legge, nè del nostro articolo, come pure rilevasi dai lavori preparatori. Nella Esposizione dei motivi, i nostri articoli 1617, 1618 (1463, 1464 MM) sono analizzati in questo senso, cioè che il manco dà luogo per se stesso ad un supplimento di prezzo, mentre che l' eccesso, per dar luogo a supplimento di prezzo o allo scioglimento del contratto, è mestieri che sia di un ventesimo: « *Risulterà meno il terreno?* il compratore potrà ripetere il supplimento, o contentarsi di uno scemamento di prezzo. *Risulterà un ventesimo dippiù?* il compratore avrà la scelta o di dare il supplimento del prezzo o di recedere dal contratto ». Il rapporto al Tribunato dice lo stesso, ma più esplicitamente: « Se vi ha manco nella misurazione, *per poco che sia*, il compratore... deve ottenere uno scemamento in proporzione del prezzo. Se per l'incontro vi sia un dippiù, è necessario, *perchè il venditore abbia dritto a domandare un supplimento di prezzo*, che sia di un ventesimo (Fenet, XIV, pag. 121 e 163 (1) ».

II. — Il compratore può sempre rece-

(1) Le parti per altro possono derogare alle disposizioni degli art. 1617 e 1618 (1463, 1464 MM). — *Vedi infra*, art. 1622 (1468), n. V). La giurisprudenza ci dà l'esempio d'una derogazione affatto singolare. È stato deciso, che in una vendita a tanto la misura, colla dichiarazione della estensione, si può convenire di determinare il prezzo diffinitivamente secondo la estensione dichiarata, e

dere dal contratto, se la estensione sia di un ventesimo di più, ma non lo potrebbe ugualmente se sia di meno : su ciò non v'ha chi discordi; ma che decidere se egli provasse che il terreno, stante la differenza in meno, sia insufficiente per l'uso cui l'avea destinato, e che ciò conoscendo non l'avria certo comprato? Troplong risponde che non potrebbe (nn. 330 e 331); ma la sua dottrina è stata generalmente respinta perchè inesatta (1).

Certamente in tal caso il dritto di recedere dal contratto non deriva dal nostro art. 1617 (1463 M): questo appunto vuol dire il tratto del rapporto di Grenier citato da Troplong, in cui leggesi che « il compratore si *presume* sempre aver voluto comprare, quando ne abbia i mezzi, poichè egli voleva acquistare una estensione più grande (Fenet, p. 196) ». Questa facoltà risulta allora dai principî generali; infatti non si potrà più *presumere* che l'acquirente abbia voluto comprare, ove *provi* che egli non avrebbe comprato. Come mi si potrebbe obbligare a prendere un terreno che io credeva utile, secondo la estensione da voi dichiarata, e che poi risulta in meno, cioè inadatto all'uso cui l'avea destinato?

III. — Un'ultima quistione si è fatta cioè se la vendita di cui si parla nei nostri articoli, sia immediatamente perfetta, o se sia necessario farsi la misurazione, perchè potesse trasferirsi nel compratore la proprietà ed i rischi della cosa venduta.

Duranton (XVI-226) si appiglia a questa ultima dottrina, ma non ne porge alcuna ragione; noi però crediamo, quantunque si accostino a quell'opinione molti fra gli antichi scrittori, che sotto il Cod. Napoleone non possa affatto ammettersi.

Gli è vero che Bartolo, Fabro ed altri insegnano che, quand'anche la vendita abbia per oggetto un *corpus certum*, debba nondimeno considerarsi come vendita *ad mensuram* e non *ad corpus*, se si sia indicato, come nel caso dei nostri articoli, quanto valga la misura, *distributio pretii pro qualibet mensura* (2). Ma Pothier opina il contrario, insegnando (3) che la vendita sia sempre pura e semplice, *quamvis sub lege metiendi facta sit*, purchè *ea res est quae per se certam finitionem habet*, e non di quelle *quae natura sua mensura constant* : il Codice ha consacrato questa dottrina. — E ben a ragione; infatti perchè mai la vendita non dovrebbe essere perfetta fin d'allora? forse perchè si determina la cosa e non il prezzo? Allorchè io vi vendo il mio vigneto di 20 ettari per 3,000 fr. l'ettare, si disconoscerà che il prezzo, benchè non espresso, sia di 60,000 fr.? — Resta a farsi la misurazione; ma ciò non importa che il prezzo si dovrà determinare dopo adempita quella condizione, la quale altro non è che un mezzo di verificare e confrontare l'errore che si sarebbe potuto commettere : il prezzo è stabilito fin da ora (salvo a modificarlo, se vi sia errore); la vendita già esiste (salvo a farla annullare se occorra). Ciò per altro è manifesto, se si ponga mente ai testi : il prezzo è stabilito, poichè l'articolo 1617 (1463 M) dice che il manco di estensione produrrà *uno scemamento* di prezzo; la vendita esiste, poichè l'art. 1622 (1468) dice che l'eccesso di un ventesimo darà luogo *allo scioglimento*. Tanto vero ciò, che secondo il medesimo art. 1622 (1468), se il compratore non agisce entro l'anno, egli non potrà nulla domandare.

Adunque, appena fatto il contratto, l'acquirente diviene proprietario della cosa e deve sopportarne i rischi (4).

Infine, la misurazione, che è un atto di

che la differenza in più o in meno riconosciuta dipoi non può dar luogo a nissuna pretensione da parte del venditore o del compratore. Cass., 7 novembre 1853 (Dev., 53, 1, 680). Invero è molto strana siffatta decisione, poichè par che le parti, vendendo a tanto la misura, non vogliano stare attaccati alla prima misurazione; ciò nondimanco, dobbiamo confessare insieme con quella decisione, che non essendosi usata frode o inganno, la clausola è valida, giacchè non contraffà per nulla all'ordine pubblico o alla buona morale.

(1) Delvincourt (III, note); Duranton (XVI-223); Duvergier (I-286); Championnière e Rigaud (I-400).

(2-3) Bartolo (l. 10, *De peric. et comm.*); Goffredo (*ibid.*); Brunemanno (*ibid.*); Fabro (C., lib. IV, t. XXVIII, def. 3); — Pothier (*Pand.*, l. I, pagina 510, n. 7).

(4) Troplong (I-329); Duvergier (I-287).

ilascio, dovrà farsi a spese del venditore (1).

1619 (1465). — In tutti gli altri casi, sia che la vendita riguardi un corpo certo e circoscritto, sia che riguardi fondi distinti e separati, sia che incominci dalla misura o pure dall' indicazione del corpo venduto seguita dalla misura, l'espressione di tal misura non dà luogo ad alcun supplimento di prezzo in favore del venditore per l'eccesso della misura, nè ad alcuna diminuzione di prezzo in favore del compratore, se la misura sia minore, se non quando la differenza della misura reale in confronto di quella indicata nel contratto ecceda la vigesima parte di più o di meno del valore intero delle cose vendute; purchè non vi sia stipulazione in contrario.

1620 (1466). — Nel caso in cui, secondo il precedente articolo, vi sia luogo ad accrescimento di prezzo per eccesso di misura, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto, o di supplire il prezzo ed anche gl'interessi, se abbia ritenuto il fondo.

1621 (1467). — In tutti i casi ne' quali il compratore ha diritto di recedere dal contratto, il venditore è tenuto a restituirgli, oltre il prezzo, se lo abbia ricevuto, anche le spese del contratto.

1622 (1468). — L'azione pel supplimento del prezzo, che compete al venditore, e quella per la diminuzione del prezzo, o pel recesso dal contratto, che compete al compratore, debbono proporsi entro un anno da computarsi dal giorno del contratto, sotto pena della perdita delle loro ragioni.*

SOMMARIO

I. 5. ipotesi, *in cui si dà luogo a scemamento o supplimento di prezzo per la differenza di un ventesimo, che si dovrà calcolare sul valore.*

II. La regola si applica nel caso che i terreni siano diversi di natura e di valore, abbiano o no le parti dichiarato l'estensione particolare di ciascuno di essi: contrari errori di Troplong e Duvergier.

III. La regola non muterà affatto se nella indicazione della estensione si aggiunga la parola circa: errore di Duranton e Duvergier. — L'acquirente sotto quella condizione, potrà recedere dal contratto ove il manco sia di un ventesimo di valore.

IV. Gl'interessi del supplimento del prezzo si dovranno sì nel caso dell'art. 1618 (1464 M), *che in quello dell'art.* 1619 (1465).

V. Durata dell'azione per il supplimento, scemamento o scioglimento nei vari casi: controversia.

I. — Quando un immobile di cui si dichiara la estensione, non si vende a tanto per misura, ma per unico prezzo, la regola per il dippiù o il meno di estensione differisce in due punti da quella della precedente ipotesi. Difatti si scema il prezzo non per qualunque manco, ma per il manco di un ventesimo (del pari che l' aumento ha sempre luogo per lo eccesso di un ventesimo); e il ventesimo in più o in meno si determina sul valore, non sulla estensione dell' oggetto. Così, vendendosi per 35,000 fr. un immobile dichiarato di 20 ettari, mentre è di 19, le terre del quale non sono di pari valore, come un prato che ne vale 3,000 fr. per ettare, e una boscaglia di 500 fr. per ettare, se manchi un ettare della boscaglia, la differenza

(1) Bourjon (I, p. 482, n. 50); Basset (II. lib. II, . XVI, cap. 6); Troplong (I-334).

* L'azione *quanti minoris* competente all'aggiudicatario necessario si prescrive nel termine di un anno da incominciare dalla epoca del possesso del fondo, non già dalla intimazione della sentenza di aggiudicazione, dalla chiusura del verbale di graduazione, o dal verbale del partaggio: questi atti non danno diritto all' aggiudicatario di andare al possesso del fondo. C. S. di Napoli, 30 luglio 1850.

in meno è di un ventesimo per l'estensione e di un settantesimo per il valore (500 fr. sopra 35,000), per cui non deve scemarsi il prezzo. Sarebbe il medesimo viceversa per il dippiù.

Cotesta regola che l'azione per iscemamento o supplimento di prezzo si ammette solo per una differenza di un ventesimo sull'intero valore, si applica, conforme all'art. 1619 (1465), quando non si è venduto in generale a tanto per misura (1).

Così, non si fa più come un tempo (2) la puerile distinzione fra il caso in cui la estensione non si fosse indicata nel contratto innanzi di indicarsi l'oggetto, e il caso inverso. Non deesi nemmeno distinguere se si è venduto un solo fondo di unica natura, o un podere che comprenda più fondi di diversa natura; vi vendo il mio vigneto di 20 ettari, ovvero il mio podere di 20 ettari, con un vigneto, un prato, ed una boscaglia. Il Codice oppone inesattamente la vendita di più fondi separati a quella *di un corpo certo e limitato*; avvegnachè in ambi i casi evvi corpo certo; il mio podere di 20 ettari che ha tre diversi fondi, è pure un corpo certo e limitato, come il mio vigneto di 20 ettari. Molti corpi certi riuniti sono un oggetto certo, e non un genere.

II. — Gl'interpetri del Codice non hanno spiegato se, e come debba applicarsi la regola dell'art. 1619 (1465), quando i terreni son di vario valore, s' indichi o pur no nel contratto la estensione di ciascuno di essi. Delvincourt (t. III), Duranton (XVI, 229, 230) e Demante (t. III, 304) non prevedono la quistione; Troplong e Duvergier ne danno due soluzioni contraddittorie, nessuna delle quali può ammettersi.

Troplong (I-343) movendo da un'idea, che nella discussione nel Consiglio di Stato fu proposta da Bigot, ma non ammessa, insegna che l'art. 1619 (1465) si applica solo quando nel contratto s'indica l'estensione intera de' varî fondi riuniti, non quando separatamente si specifica l'estensione di ciascuno di essi. Così, sarà da applicarsi, se ho dichiarato vendervi per 40 mila franchi il mio prato o la mia boscaglia dell' estensione di venti ettari, e la differenza di un ventesimo sul valore, non sull'estensione, farà sperimentare l'azione di supplimento o di scemamento di prezzo. Per l'opposito non si applicherebbe, secondo Troplong, se ho dichiarato vendervi per 35 mila franchi il mio prato di venti ettari e la mia boscaglia di altrettanti; la regola da seguire sarebbe insieme quella dell'artic. 1619 (1465) e l'altra degli art. 1617, 1618 (1463, 1464 MM), potendosi pronunziare lo scemamento o l' aumento per la differenza d'un ventesimo (conforme il nostro art. 1619 (1465)), calcolato sull'estensione (conforme all'art. 1618 (1464 II)). Se a mò d'esempio con i 10 ettari del prato, si trovino 9 o 11 ettari di boscaglia, sarebbe ammessa l'azione per lo scemamento o supplimento di prezzo, sebbene la differenza del valore fosse di 500 fr., cioè di un settantesimo, perchè la differenza nell'estensione è del ventesimo; se al contrario con 10 ettari di boscaglia si trovino 9 ettari, 16 are, ovvero 10 ettari, ed 84 are di prato, non sarebbe ammessa l'azione, sebbene la differenza in valore fosse di 2,500 franchi ossia d'un quattordicesimo, perchè la differenza nell' estensione non è del ventesimo.

Cotesto sistema, di cui Troplong ha stabilito soltanto i principî, non è però da sostenersi.

In prima, se fosse vero che Bigot, le di cui parole riprodusse il dotto magistrato, abbia proposto di prendere il ventesimo *del valore*, sol quando non fosse indicata la speciale quantità di ciascun terreno, nel mentre Berlier proponeva di riguardare in ogni caso il ventesimo *della estensione*, è certo che l'una e l'altra idea furono rigettate, e invece ammessa quella di Tronchet, che in ogni caso voleva :s

(1) L'azione si ammette anche nelle vendite per espropriazione. Nîmes, 31 marzo 1852; Tolosa, 14 giugno 1845; Angers, 25 agosto 1852 (Dall., 52, 2, 269; 47, 2, 49; 53, 2, 69).

(2) Lapeyrère (lett. G, n. 6); Despeisses (p. II n. 15); Fachino (lib. II, cap. 27).

alcolasse la differenza *sul prezzo della vendita* e non *sull'estensione del terreno*. Gli atti della discussione infatti finiscono con le seguenti parole: « il Consiglio adotta il principio, che si avrà riguardo alla differenza, *quando sarà del ventesimo*, il quale si determinerà SECONDO IL VALORE *degli oggetti venduti* (Fenet, XIV, pag. 28, 30) ». Ma non facea mestieri venire ai lavori preparatori, poichè il nostro art. 1619 (1465) formalmente dice: «... se non quando la differenza della misura reale in confronto di quella indicata nel contratto ecceda *la vigesima parte* di più o di meno DEL VALORE *intero delle cose vendute* ». Adunque il sistema di Troplong è il più contrario alla legge, poichè ammetterebbe in certi casi l'azione per una differenza di un cinquantesimo del valore, d'un sessantesimo ed anche meno, mentre che in altri la rigetterebbe per una differenza di molto più di un ventesimo! Invero non sappiamo comprendere perchè il dotto magistrato non abbia voluto applicare l'art. 1619 (1465) al caso in cui sia indicata particolarmente la estensione dei vari terreni, nel quale appunto non dee sorgere alcun dubbio, mentre che per l'altro caso spesso è impossibile, almeno direttamente, che si applichi quello articolo. Quando si è detto di vendere 10 ettari di prateria e 10 di boscaglia, nella misurazione si conoscerà senz' altro se il manco sia nella prima o nella seconda, e si potrà quindi raffrontare il valore coll'intiero prezzo per vedere se sia o no di un ventesimo. — Ma se si vendano semplicemente 20 ettari in prateria ed in boscaglia, e nella misurazione risultino 80 are in meno, in qual modo si potrebbe mai dire che il manco sia di 400 franchi, perchè in boscaglia, e che quindi non si possa ammettere l'azione per lo scioglimento, o che sia di 2,400 fr., perchè in prateria, e che quindi sia permessa l'azione, perchè oltrepassa il ventesimo?... Or sarebbe un prendere in controsenso la regola dicendosi che l' articolo possa applicarsi solo quando si sconosca la estensione particolare che le parti hanno inteso assegnare a ciascun terreno.

Duvergier (I-293), combattendo come erronea, ed a ragione, questa dottrina di Troplong, cade alla sua volta in uno errore opposto. Egli insegna che la regola debba applicarsi necessariamente per il caso in cui si dichiari la estensione particolare di ciascun terreno, ma non l'applica all'altro caso. Ma insomma come dovrebbe regolarsi questo caso, in cui si dichiari semplicemente la estensione generale dei terreni? Gli articoli 1617 e 1618 (1463 e 1464 MM) non entrano affatto, poichè riguardano il caso in cui si venda a tanto la misura, e qui trattasi della vendita fatta per unico prezzo. Or non è chiaro che la regola è quella dell'art. 1619 (1465)?

In cotesto caso dunque niuno potrebbe domandare supplimento o scemamento di prezzo, per grande che sia l'eccesso o la mancanza! L'articolo si applica necessariamente ai due casi. Inoltre, crediamo che Duvergier non pecchi tanto nelle idee quanto nel linguaggio, e quando ei dice non potersi allora applicare, intende non potersi direttamente applicare, cioè farsi il calcolo *immediato* del valore del manco o dello eccesso.

E di fatti, allorchè le parti non fan parola della estensione particolare di ciascun terreno, il valore del manco o dello eccesso non si potrà altrimenti trovare, che computando le estensioni; sicchè il valore sarà maggiore o minore di un ventesimo, secondochè la estensione risulti in più o in meno. E ciò è ben semplice; poichè allora il manco o lo eccesso non si potrà applicare al tale o tal altro terreno, ma bisogna ripartirlo secondo la estensione di ciascuno; e poichè il ventesimo della estensione di ognuno rappresenta il ventesimo del suo valore (essendo in tutte le sue parti della medesima natura e del medesimo valore); e i ventesimi dei vari terreni formeranno insieme il ventesimo del totale, siegue da ciò che il ventesimo della intiera estensione formerà il ventesimo dell'intiero valore, cioè del prezzo stabilito. — Il calcolo del valore e il calcolo della estensione, un ventesimo di questa o di quello è la medesima cosa; e poichè dal ventesimo della estensione si ricava il ven-

tesimo del valore, è ben chiaro che, se fosse stato unico questo caso, sarebbero state impossibili, e la regola che vuol si computi il valore e non la estensione, e la discussione che la precesse. Questa osservazione rigetta perentoriamente il sistema di Troplong, e spiega (ma non giustifica) questa proposizione inesatta di Duvergier, cioè che la regola non si applichi al caso in cui si indica solo la estensione. Ma essa si applica senza dubbio; ma non si sarebbe applicata (perchè non sarebbe nemmeno esistita) se questo fosse stato il solo caso; l'applicazione della regola non è impossibile: bensì è impossibile si faccia il calcolo del valore indipendentemente dal calcolo della estensione. E questo ciò che Duvergier ha confuso.

Zachariae (II, p 511) ha evitato siffatta confusione, schermendosi dall'errore di Duvergier e di Troplong; e sebbene con molto laconismo, come al suo solito, egli però ha colto il vero segno, dicendo che « dovrà riputarsi esservi differenza di un ventesimo *nel valore*, se vi è *nella estensione*, allorchè, non ostante la diversa natura delle singole parti del terreno, non si sia indicata separatamente la estensione di ciascuna di esse. » Ciò è esattissimo; però dobbiamo fare un'ultima osservazione che riguarda la dottrina di Zachariae e l'altra di Duvergier.

I due scrittori estendono la loro idea per tutte le ipotesi, in cui non si *indichi nel contratto* la estensione particolare di ciascun terreno. Ma essi si spingono tropp'oltre; avvegnachè la differenza di un ventesimo del valore dovrà calcolarsi secondo la differenza della estensione, solo quando *non si conosca* la estensione particolare che le parti intendono dare a ciascun terreno, e per cui essi contraggono: or può bene avvenire che si conosca questa estensione particolare, senza che fosse scritta nel contratto. — Per grazia di esempio, se nella ipotesi già indicata di una vendita fatta per 35,000 fr. del mio prato e della mia boscaglia che hanno una estensione di 20 ettari, concorressero tutte queste circostanze, che in tutti i fitti consentiti si sia detto essere il prato 10 ettari, ed altrettanti la boscaglia, che tutti gli abitanti abbiano sempre riguardato i miei due fondi di quella estensione, che secondo il prezzo corrente nel paese il prato si venda a 3,000 fr. l'ettare, e a 500 la boscaglia in guisa che si vede chiaro che noi, per il prezzo di 35,000 fr., abbiamo inteso vendere e comprare 10 ettari di prato per 3,000 fr., e 10 ettari di boscaglia per 5 mila; che si richiederebbe altro per conoscere nella nostra intenzione il contratto che versava sopra due fondi di 10 ettari per uno? Da ciò consegue che si dovrebbero il supplimento, o lo scemamento del prezzo se vi fossero i 10 ettari di boscaglia, *ma la* differenza di 60 are in più o in *meno nel* prato, poichè sarebbe di più del ventesimo per il valore (benchè minima per la estensione) nel mentre non si dovrebbero se una differenza di uno o di due ettari vi fosse nella boscaglia, poichè sarebbe del settantesimo, o del trentacinquesimo del valore (sebbene del ventesimo o del decimo della estensione). Ripetiamo in tutti i casi in cui le parti conoscono la particolare estensione in riguardo alla quale hanno contratto, si deve valutare indipendentemente dal ventesimo della estensione.

III. — Duranton (XVI-229) e Duvergier (I-290) insegnano che la regola, secondo cui si dovrebbe uno scemamento di prezzo per qualunque differenza in meno di un ventesimo sul valore, non potrebbe applicarsi se il venditore avesse dichiarato la estensione approssimativamente, dicendo vi vendo tante misure di..., *o circa*. Rispondiamo con Troplong esser questo un grave errore, poichè il nostro articolo è stato fatto appunto per regolare l'*effetto della dichiarazione* approssimativa. La legge, sempre provvida, ha supposto che un venditore non può mai esser costretto rigorosamente e con precisione *matematica* a consegnare la estensione dichiarata, tranne una stipulazione in contrario; *essa* quindi, nelle vendite di determinati immobili non fatte a tanto la misura, *riguarda* qualunque dichiarazione come una indicazione approssimativa, e giusto affin di *stabilire* la latitudine ha dettato la nostra dispo-

one. Nell'antico dritto, il venditore, se on metteva la parola *o circa*, doveva con-gnare tutta la estensione dichiarata; se metteva, era tenuto per la mancanza di là di un trentesimo (1). Due muta-enti ha fatto il nostro Codice a siffatta gola in prò del venditore : da un lato fatti egli ha accordato quella latitudine, nza che sia mestieri della parola *circa*; oltre l'ha anche più accresciuta. Nel pro-etto del Codice, si era proposto di ele-ar la somma fino al decimo; ma Berlier si oppose nella discussione al Consiglio, proponendo si restringesse al ventesi-no, notava usarsi con ciò molto favore l venditore, il quale nell'antica giurispru-enza godeva solo di un trentesimo, e uando egli avea pensato aggiungervi la arola *circa* (Fenet, XIX, pagina 9, ar-icolo 38, e pag. 27-28). Il nostro arti-olo 1619 (1465) regola dunque l'effetto ella parola *circa*, che si sottintende sem-re nelle vendite di cui è parola.

Or se il venditore, abbia detto o pur o *circa*, gode sempre di un ventesimo, alcolato sul valore, qualunque sia del resto parte rispondente nella estensione, il ompratore dunque potrà, solo nel caso in ui il manco della estensione rappresenti ventesimo almeno del valore, recedere al contratto, giusta l'art. 1617 (1463 M), rovando che egli non avrebbe comprato n terreno di così poca estensione. Nel caso ell'art. 1617 (1463 M), in cui il vendi-ore deve consegnare tutta la estensione ichiarata, il compratore potrà recedere empre, per mezzo della pruova richiesta, er poco che sia il manco; ma nel nostro rticolo il venditore deve rispondere della stensione approssimativamente, purchè il nanco non sia di un ventesimo del valore; l compratore dunque non potrà recedere dal contratto se non quando realmente il manco sia del ventesimo e sia sotto la con-dizione prevista : se no, egli avrà dritto semplicemente allo scemamento del prezzo. Se ciò non gli garbi, egli è nell'obbligo di stipulare il contrario.

IV. — L'acquirente che deve un suppli-mento di prezzo per lo eccesso del valore, dovrà pure gl'interessi di questo dippiù, se egli abbia goduto dell'immobile e se del resto il prezzo principale sia anche pro-duttivo d'interessi. Questa regola non deve applicarsi solo, come dice l'articolo 1620 (1466), al caso dell'articolo 1619 (1465), ma anche a quello dell'art. 1618 (1464 M). Siccome il venditore, in tutti i casi in cui si dà luogo a scioglimento (articolo 1621 (1467)), deve pagare le spese (2), i danni-interessi se occorre, così il compratore deve alla sua volta pagare gl'interessi del sup-plimento del prezzo, in tutti i casi che il prezzo medesimo ne produca.

V. — Secondo l'articolo 1622 (1468) l'a-zione pel supplimento o per la diminuzione, non che pel recesso dal contratto nel caso in cui l'acquirente preferisse di risolvere la vendita, anzichè ottenere il supplimento del prezzo, deve proporsi entro un anno da computarsi dal giorno del contratto, E di vero siffatto termine è più che bastante per verificare l'eccesso o la mancanza, e quindi agire. Questa prescrizione, che corre an-che contro gli incapaci, come tutte le pre-scrizioni di breve durata (art. 2278 (2185)), dovrà anche applicarsi per l'azione di scioglimento, che può chiedersi dal com-pratore ove provi che non avrebbe compra-to, conoscendo il manco della estensione; poichè in tal caso il manco potrebbe veri-ficarsi colla facilità medesima, come quando si deve domandare un semplice scemamento di prezzo. Infine è manifesto che la regola debba applicarsi tanto pel caso previsto del-l'art. 1617-1618 (1463-1464 MM) che, per quello degli art. 1619-1620 (1465-1466).

Parimente dovrà tenersi per fermo, ben-chè si sià fatta quistione su tal punto, che la prescrizione di un anno di cui trattasi, debba anche aver luogo per il caso in cui

(1) Henrys (t. I, lib. 4, cap. 6, quist. 83); Bour-on (t. I, n. 51, pag. 483).

(2) In tal caso le spese devono chiedersi con azione principale; esse non sono garantite dal di-ritto di retenzione. Angers, 28 aprile 1853 (Dev., 53, 2, 420).

si sia stabilito, con ispeciali convenzioni permesse dall'art. **1619** (**1465**) *in fine*, un manco o un eccesso diverso da quello indicato dalla legge, come anche per il caso contrario. Da un lato infatti, si deve sempre calcolare un eccesso o un manco; sicchè regge sempre il motivo di interesse generale, per cui si è rigettato un termine più lungo che avrebbe sparso una incertezza fatale nel movimento del commercio; d'altro lato, la regola dell'art. **1622** (**1468**) è assoluta, e si deve quindi applicare, come sorge materialmente dalle sue stesse parole, tanto all'ultima disposizione dell'art. **1619** (**1465**), in cui si permettono queste stipulazioni particolari, che alle altre disposizioni degli articoli **1617-1620** (**1463 M-1466**). Ben a ragione dunque gli scrittori e la giurisprudenza hanno respinto la contraria dottrina di Delvincourt e di due decisioni, oramai antiche (1).

1623 (**1469**). — Se si sieno venduti due fondi collo stesso contratto, e per un solo e medesimo prezzo, colla indicazione della misura di ciascun di essi, e si trovi che la estensione sia minore nell'uno, e maggiore nell'altro, se ne fa la compensazione sino alla debita concorrenza: e l'azione tanto pel supplimento che per la diminuzione del prezzo, non ha luogo se non in conformità delle regole sopra stabilite.

SOMMARIO

I. Vendita di più fondi per un solo prezzo. Essa forma una sola vendita, e quindi l'eccesso o la mancanza dovrà calcolarsi su tutti i terreni venduti insieme.

II. Questa regola s'applica per il caso dell'articolo 1617 (1463 *M*) *non che per quello dell'art.* 1619 (1465)*: si censura la dottrina di Troplong.*

III. 6ª ed ultima ipotesi. *Vendita consentita con patto di non garantire la estensione. Questa convenzione dovrà eseguirsi anche quando la differenza sia di più d'un ventesimo: errore delle Corti di Parigi e di Bourges.*

I. — Si è fatta quistione da Troplong e Duvergier se la regola del nostro articolo debba applicarsi unicamente alla quinta delle sei ipotesi, cioè al caso previsto dagli articoli **1619-1620** (**1465-1466**), o anche alla quarta, cioè al caso previsto dagli articoli **1617-1618** (**1463-1464 MM**).

Secondo noi, non ci par dubbio che debba applicarsi all'uno e all'altro caso; però prima di dire il perchè, stabiliamo bene il senso della regola, parlando del caso non contraddetto da alcuno.

Se io vi vendo per unico prezzo due fondi, indicando la estensione speciale di ciascuno; per esempio, se vi vendo per **80,000** fr. il mio vigneto di **12** ettari e il mio prato di **8** ettari, la legge non vuole che si reputi il contratto come contenente due vendite distinte e indipendenti, per ciascuna delle quali si potrebbero applicare separatamente le regole di scemamento o supplimento di prezzo; ma pretende che il manco di uno dei fondi si compensi coll'eccesso dell'altro, e che si dia luogo a scemamento o supplimento dopo computati i due fondi. Così se il prato si trovi di 7 ettari e mezzo, e non di 8, ed il vigneto di mezzo ettare dippiù; siccome in totale la quantità è quella dichiarata, cioè di 20 ettari, che si vollero vendere e comprare per **80,000** fr., non si potrà domandare nè scemamento di prezzo per il prato, nè

(1) Delvincourt (III, note); Bordeaux, 19 marzo 1811; Montpellier, 5 luglio 1827; — Vazeille (*Prescr.*, II-728); Troplong (I-350); Duvergier (I-303); Colmar, 29 maggio 1817; Agen, 7 luglio 1832; Rig., 22 luglio 1834; Rig., 27 aprile 1840 (Dev., 32, 2, 434; 34, 1, 500; 40, 1, 600). — Ma se una vendita sia stata fatta a tanto la misura, determinandosi presso a poco e provvisoriamente il prezzo, che dopo la misurazione sarebbe diffinitivamente stabilito, la domanda del venditore di eseguire la misurazione, formerebbe un atto tendente alla esecuzione del contratto, e che potrebbe prescriversi dopo trent'anni. Rig., 31 maggio 1853 (Dev., 53, 1, 693).

supplimento per il vigneto. Non sarebbe stato così, se si fosse considerato il contratto come contenente due vendite: l'acquirente in tal caso avrebbe potuto dire che l'eccesso di mezzo ettare del vigneto di 12 ettari forma un ventiquattresimo, e che quindi non vi sarebbe luogo a supplimento di prezzo; mentre che il manco di mezzo ettare del prato di 8 ettari forma un sedicesimo, cioè più di un ventesimo, e che quindi egli ha dritto ad uno scemamento di prezzo. Egli dunque avrebbe potuto ripetere 2,000 fr.; cioè un sedicesimo dei 32,000 fr., quanto valevano gli 8 etteri di prato promesso, avuto riguardo al prezzo totale di 80,000 fr. Viceversa, se il prato fosse stato di mezzo ettare dippiù, e il vigneto di meno, il venditore avrebbe potuto chiedere il supplimento del prezzo in 2,000 fr.

Il legislatore non ha voluto ciò permettere: e ben a ragione. Siccome il negozio si è fatto per unico prezzo, la vendita è una ed ha per oggetto i due fondi riuniti; se poi quest'oggetto risulti maggiore nell'una delle sue parti e minore nell'altra, in modo che formi precisamente o infra il ventesimo la estensione dichiarata, non si deve ammettere nè scemamento nè supplimento di prezzo. Il legislatore adunque in questo articolo pretende che l'unità di prezzo valga unità di vendita, non ostante che siano varî i fondi venduti, e varie le dichiarazioni della estensione di essi fondi. Sorgono da ciò parecchie conseguenze. In prima che l'articolo, sebbene parli di due fondi, pure deve applicarsi quando siano tre ed anche quattro: se uno è il prezzo, una è la vendita, e quindi si dovrà fare unico calcolo della estensione totale della cosa venduta; pertanto se un solo dei fondi offra un eccesso che compensa il manco degli altri due o tre fondi, e che quindi diventa nullo o minore di un ventesimo, non potrà domandarsi scemamento; parimente, se lo eccesso di due o più fondi sia abbastanza compensato dal manco di un solo, non si dovrà nemmeno supplimento. Inoltre, sebbene il nostro articolo parli del caso in cui vi sia insieme eccesso da una parte, e manco dall'altra, e quindi una specie di compenso più o meno intero, la regola si applicherà nondimeno al caso in cui vi sia eccesso senza manco, o manco senza eccesso, cioè quando non vi sia luogo a compenso. Così, se il prato risulti di 8 ettari e mezzo, e il vigneto dei soli 12 ettari dichiarati, l'eccesso di mezzo ettare che si dovrebbe applicare all'estensione intera de' 20 ettari sarebbe di un quarantesimo; sicchè non vi sarà luogo a supplimento, mentrechè il venditore lo avrebbe potuto chiedere se si fossero fatte due vendite separate, poichè allora l'eccesso sarebbe stato di un sedicesimo. Viceversa, se il prato risultasse di 7 ettari e mezzo e il vigneto dei soli 12 ettari dichiarati, lo acquirente non potrebbe chiedere lo scemamento, poichè in questo caso il manco, come sopra l'eccesso, sarebbe di un quarantesimo avuto riguardo all'estensione totale.

Noi qui diciamo doversi calcolare l'estensione, poiché nella nostra ipotesi le due specie di terreno sono del medesimo valore, e quindi il calcolo sulla estensione importa il calcolo sul valore; ma se così non fosse, se il valore dei due terreni fosse diverso, allora il calcolo dovrà farsi raffrontando il valore del manco, o dello eccesso, o dell'uno e dell'altro, e non sulla loro estensione. Allorchè io vi vendo per 80,000 franchi 15 ettari di vigneto, che si sa valere a 4,000 fr. l'ettare, e 20 ettari di bosco ceduo che valgono 1,000 fr., il manco di due ettari di bosco che non compensa nissuno eccesso del vigneto, non darà luogo a scemamento di prezzo, benchè sia più di un ventesimo della estensione totale di 35 ettari, avvegnachè costituisca il quarantesimo sullo intero prezzo di 80 mila franchi; viceversa, sarà il medesimo se vi sia un eccesso.—Per l'incontro un solo ettare di vigneto in più o in meno non può affatto compensarsi colla differenza del bosco, e quindi si dovrà il supplimento o lo scemamento, poichè questo ettare che forma un trentacinquesimo della estensione, costituisce un ventesimo del valore.

Se infine il bosco offra una differenza

di quattro ettari, basterebbe qualunque manco del vigneto per non darsi luogo a supplimento o scemamento di prezzo, poichè questa differenza del vigneto scemerebbe molto il valore della differenza del bosco, la quale essendo di soli 4,000 fr., cioè di un ventesimo del valore diverrebbe col compenso minore di un ventesimo.

In breve, il nostro articolo dettato in un pensiero semplice e largo, che mal si confà colla sua dizione troppo ristretta e che noi or ora vedremo indicato chiaramente nel rapporto al Tribunato, intende che la indicazione separata delle diverse estensioni di più fondi, se non vada insieme colla indicazione parimente separata del prezzo di ciascuno dei fondi, costituisce una sola vendita il cui unico oggetto sarebbero i varî fondi riuniti, in modo che il manco o lo eccesso debba calcolarsi su tutti i fondi presi insieme.

II. — Questo principio si applica senza dubbio al caso preveduto nell' art. 1619 (1465) di una vendita fatta per un prezzo indicato in massa; ma si applicherà pure al caso preveduto dall'art. 1617 (1463 M) di una vendita fatta a tanto la misura? Così, se io vi vendo il mio vigneto di 12 ettari, o il mio prato di 8, non per il prezzo totale di 80,000 franchi, ma a 4,000 fr. l'ettare, potrà applicarsi la regola del nostro articolo?

Troplong (n. 356, *in nota*) risponde che no, ma non ne porge alcuna ragione: egli dice soltanto che secondo lui è evidente che il nostro art. 1623 (1469) non ha che fare col caso previsto dall'articolo 1617 (1463 M). Però Duvergier (numero 295), usando di un espediente inutile secondo noi, vuole che la regola sia la stessa per i due casi; ed insegna che nel caso dell'art. 1617 (1463 M) essa debba applicarsi piuttosto come conseguenza naturale della convenzione, che in forza dell'art. 1623 (1469). Noi non vediamo il perchè di questa distinzione, poichè sorge dal pensiero e dal testo della medesima legge, che la regola debba applicarsi ai due casi.

Da un lato, il nostro articolo parla di qualunque vendita fatta *per unico prezzo*, senza distinguere se sia stabilito in massa e per una somma totale, o se a tanto la misura. Or siccome la vendita è ad unico prezzo allorchè io vi vendo questo primo fondo e quest'altro per una somma di 80 mila fr., invece di vendervi il primo per 60,000 e l'altro per 20,000 fr., parimente il prezzo sarà unico allorchè io vi vendo questi due fondi per una medesima somma di 4,000 fr. l'ettare, invece di vendervi il primo per 4,000 fr. ed il secondo per 1,000, 2,000, 500 o per qualunque altra somma. Il solo e medesimo prezzo non è stato contrapposto a due o più prezzi, ad altrettanti prezzi per quanti sono i fondi? Se si siano determinati tanti prezzi per ogni fondo, in tal caso si faranno più vendite; se un sol prezzo per i vari fondi, la vendita sarà una. — E del resto basterebbe vedere che il nostro articolo vien dopo le due altre disposizioni che debbonsi applicare alle due ipotesi dell'art. 1617 (1463 M) e dell' art. 1618 (1464 M), per inferirne esser questo il pensiero della legge. Il legislatore regola la sua prima ipotesi nei due art. 1617-1618 (1463-1464 MM), dipoi stabilisce la seconda nei due art. 1619 e 1620 (1465 e 1466), e quindi detta regole comuni ai due casi nei tre art. 1621-1623 (1467-1469), per passar poi ad altro ordine di idee nell'articolo 1624 (1470). — E come mai si potrebbe dire che la nostra regola non si applichi al caso dell'articolo 1617 (1463 M)? Come dire che il manco di mezzo ettare del vigneto, che vale 2 mila franchi, si compenserà coll'eccesso di mezzo ettare del prato del medesimo valore, allorchè io abbia dichiarato di vendervi 20 ettari *per 80,000 fr.*; e che non vi sarebbe luogo a compenso, allorchè io abbia dichiarato di vendervi il tutto *per 40,000 fr. l'ettare?* Come dire che voi, a cagione dell'estimo fatto nel contratto non potete più compensare i 2,000 franchi che perdete da un lato coi 2,000 franchi che dall'altro lato guadagnate? Come dire insomma, che in questo caso vi siano *due vendite*, e che quindi non dovete alcun supplimento per l'eccesso di mezzo ettare nel rigneto di 12 (poichè non forma un ventesimo);

che per l'incontro io vi debbo uno scemamento su gli 8 ettari del prato, non solo se il manco fosse di mezzo ettare, ma se pure di una qualunque particella (poichè l'art. 1618 (1464 M), a differenza dell'articolo 1619 (1465), ammette lo scemamento, per poco che fosse)? In tal modo dunque voi non potreste compensare i 300 o 400 fr. perduti pel prato coi 2,000 guadagnati sul vigneto!...

Sarebbe questa un'enorme ingiustizia che la legge non potea commettere: per altro sorge dallo spirito e dal testo dei medesimi articoli, che la vendita si dovrà riputare come una, e quindi si dovrà fare un solo calcolo del manco dell'eccesso, non solo quando i fondi siano stati venduti per unico prezzo generale, ma anche quando per un sol prezzo a tanto la misura.

Ciò noi abbiamo ricavato dai termini dell'articolo, dal posto che occupa, dallo scopo che si propone; ma il dubbio non ci sembra affatto possibile, se si ponga mente a conoscere come l'abbiano inteso gli autori del Codice. Da un canto nel rapporto del Tribunato, dopo essersi analizzato il nostro articolo per ciò che « riguarda, dicesi in esso, il modo come debba applicarsi *la disposizione di cui si parla*, » cioè quella degli art. 1619 e 1620 1465 e 1466), si stabilisce in seguito il principio generale da noi indicato, cioè, che allorquando unico è il prezzo dei varî fondi venduti, questi si dovranno riputare come oggetto di una sola vendita: aggiungesi poichè *la medesima regola devesi applicare IN TUTTI I CASI in cui la estensione reale di uno dei fondi non risponda a quella dichiarata nel contratto* (Fenet, t. 14, p. 164). — D'altro canto Maleville, uno dei quattro compilatori, dopo aver detto che il nostro articolo intende doversi compensare i valori e non le estensioni, aggiunge che « fatto il compenso, si ha riguardo all'eccesso o al manco in quanto sia di un ventesimo, *tranne che la vendita non siasi fatta a tanto per misura*, nel qual caso basta qualunque manco (t. 3, p. 381). » La regola stabilita dal nostro articolo ha luogo dunque anche per il caso in cui la vendita si faccia a tanto la misura.

III. — Dobbiamo infine parlare, per dar compimento alle nostre osservazioni su questa materia *dell'oggetto del rilascio*, regolata dagli art. 1614-1623 (1460-1469), della sesta ipotesi in cui la vendita si fa indicando la estensione, ma con patto di non garantirla.

Per questo caso non si può affatto muover dubbio. Ogni convenzione è legge per chi la fa; sicchè appena il venditore e il compratore convengano, espressamente o tacitamente, che la indicazione della estensione non produrrà alcuno effetto, e che il terreno dovrà prendersi tale quale, non si dovrà affatto nè scemamento di prezzo in caso di manco, nè supplimento in caso di eccesso, per quanto enormi possano essere. L'art. 1619 (1465), ammettendo lo scemamento o il supplimento del prezzo per la differenza minore di un ventesimo, in caso di stipulazione speciale, applica il principio generale della libertà delle convenzioni, in forza del quale si dovrà anche dire viceversa, che la differenza maggiore di un ventesimo sarà senza effetto, se così abbiano le parti convenuto.

Non sappiamo comprendere come siasi potuto giudicare da due Corti di appello, quella di Parigi (16 giugno 1807) e quella di Bourges (12 luglio 1808), che la stipulazione con cui si conviene che il venditore non garantirebbe il manco della estensione, non avrà effetto che oltre il ventesimo. Siffatto errore è tanto più grave, poichè erasi formalmente spiegato quando compilavasi il Codice. Berlier, proponendo di fissarsi il ventesimo, facea osservare che « *ciò non osta punto* alle stipulazioni con cui si volesse liberare il venditore che avrebbe venduto il fondo *per come ritrovasi, senza garantirne la estensione*, (Fenet, t. 14, p. 28). »

Per altro, le medesime Corti han disdetto il loro errore (1), abbracciando la dottrina contraria, consacrata dalla Corte suprema

(1) Parigi, 9 luglio 1827 (è questa la decisione confermata il 1828 dalla Corte di cassazione (Bourges, 31 agosto 1831 (Dev., 33, 2, 9).

(Rig., 18 novembre 1828), e professata dipoi da Troplong (I, n. 341) e Duvergier (I, n. 305).

4. Dei rischi della cosa, dal tempo della vendita fino al rilascio.

1624 (1470). — La quistione, se la perdita o la deteriorazione della cosa venduta, prima di consegnarsi, debba andare a carico del venditore o del compratore, sarà giudicata a norma delle regole prescritte nel titolo *de' contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale*.

I. — La quistione dei rischi della cosa venduta si dovrà risolvere secondo i principî generali delle obbligazioni e secondo le varie circostanze. Su tal riguardo ci riportiamo alle spiegazioni date sotto gli articoli **1302**, **1245** (**1256**, **1198**), e specialmente sotto l'art. **1137** (**1091**) intorno alla teoria delle colpe, non che a quel che abbiam detto intorno al trasferimento della proprietà e dei rischi, sotto gli art. 1585-86 e 1587-88 (1430-31, e 1432-33).

SEZIONE III.

DELLA GARANZIA

1625 (1471). — La garanzia che il venditore dee al compratore, ha due oggetti: il primo è il pacifico possesso della cosa venduta: il secondo riguarda i difetti occulti di essa, o i vizî che dàn luogo all'azione redibitoria.*

I. — Il venditore è obbligato di *garantire* il compratore, cioè proteggerlo e difenderlo, o anche in sussidio indennizzarlo: 1° per tutto ciò che fosse di ostacolo al pieno e libero possesso che egli deve procurare al compratore sulla cosa venduta; 2° per tutti i difetti occulti che fanno venir meno o deteriorare notabilmente l'uso della cosa; i quali difetti permettono al compratore di sciogliere il suo contratto, *redhibere*, e diconsi quindi *vizî redibitorî*.

Ciò è regolato in due paragrafi, nel primo dei quali trattasi della evizione o dello spossessamento totale o parziale. In questo paragrafo, stabiliti prima i principî generali della materia (art. **1626**-**1629** (1472-**1475**)), trattasi successivamente: 1° della evizione totale (articolo **1630**-**1635** (1476-**1481**)); 2° di quella parziale (art. 1636. **1637** (**1482**, **1483**)); 3° di quella che nasce dalla esistenza di pesi non apparenti e non dichiarati all'acquirente (articolo **1638** (**1484**)); 4° del rimando ai principî generali *delle obbligazioni*, per le quistioni qui non previste (art. 1639 (**1485**)); 5° infine, delle cause che fan cessare il debito di garanzia (articolo 1640 (**1486**)).

§ 1. — *Della garanzia in caso di evizione.*

1626 (1472). — Quantunque nel contratto di vendita non siasi stipulata la garanzia, il venditore è tenuto per legge a garantire il compratore dalla evizione che soffre di tutte o di parte delle cose vendute, o da' pesi che si pretendono sopra

* Il compratore non può dirsi creditore del venditore per l'azione eventuale di garanzia che gli compete. C. S. di Napoli, 5 dic. 1829. — L'azione di garanzia non compete contra chi non è venditore, nè rappresentante il venditore. C. S. di Napoli, 1 aprile 1852.

le medesime, e che non furono manifestati nell'atto della vendita.*

1627 (1473). — Le parti possono con patti particolari accrescere o diminuire lo effetto di questa obbligazione legale; e possono pure convenire che il venditore non sia sottoposto ad alcuna garantia.

1628 (1474). — Quantunque siasi pattuito che il venditore non sia soggetto ad alcuna garantia, ciò non ostante resterà obbligato a quella che risulta da un fatto suo proprio. — Qualunque convenzione in contrario è nulla.

1629 (1475). — Nel caso medesimo che siasi stipulato di non esser tenuto a veruna garantia il venditore, accadendo l'evizione, è tenuto alla restituzione del prezzo; eccetto quando il compratore fosse consapevole del pericolo della evizione nell'atto della vendita, o avesse comprato a suo rischio e pericolo.

SOMMARIO.

I. Che cosa sia l'evizione. Essa è totale o parziale. Quando ha luogo.
II. Per dar luogo a garanzia, essa deve risultare da un diritto anteriore alla vendita o nato per causa del venditore. Vari casi. Errori delle decisioni e degli scrittori intorno alla prescrizione cominciata prima della vendita e dopo compita. Avvenimenti di forza maggiore: fatto del principe. Quid *del fatto del giudice?*
III. La garanzia è dovuta pure nelle vendite forzate, ma solo dal pignorato. Il pignorante deve rispondere della sua colpa, secondo l'art. 1382 (1336), *e i creditori graduati dovrebbero restituire il prezzo, secondo l'art.* 1377 (1331).
IV. La garanzia è dovuta per qualunque evizione sofferta dall' acquirente o dal suo avente-causa, chiunque sia, anche dal suo donatario; errore di Pothier; inesattezza di Troplong.
V. In generale, la garanzia è propria della natura della vendita, per cui si potrebbe restringere o togliere (come pure estenderla). Ma è essenziale per alcuni fatti personali al venditore e non per tutti.
VI. In quali casi non vi è più luogo a garanzia, sia per i danni-interessi soltanto, sia anche per la restituzione del prezzo: controversie.
VII. Eccezione di garanzia. Essa può opporsi a qualunque persona che debba la garanzia, e che sia proprietaria della cosa venduta. Si dissente da Troplong e Duvergier in quanto alla vendita dei beni dei minori fatta dal tutore senza le formalità richieste. Errori di Despeisses e di Duranton intorno al fideiussore e agli eredi di lui.
VIII. L'azione per la garanzia, indivisibile in se stessa, diviene divisibile nell'applicazione. L'eccezione riman sempre indivisibile: errore di Dumoulin, Pothier, Duranton e Troplong.

I. — Il Codice colla parola evizione intende le perdite che soffre il compratore di tutte o parte delle cose che gli si dovean trasmettere colla vendita. L'evizione parziale può avvenire in due modi: 1° colla intera perdita di una parte della cosa; per esempio, quando il compratore non riceve o conserva che soli quindici ettari dei venti acquistati: 2° colla restrizione del dritto del compratore, o per la esistenza di servitù passive, ipoteche o altri pesi che gravino i beni acquistati, o per la non esistenza di servitù attive che il venditore avea detto di esistere.

Non importa se la perdita, totale o parziale, risulti dall'azione di un terzo, o solò

* Rescritto 14 genn. 1818.—Ne' giudizî di garanzia relativi a' beni dello Stato tra l'amministrazione del demanio ed i compratori degli stessi, i tribunali ordinarî debbono osservare il disposto nell'art. 5 del decreto del 9 luglio 1812.

Decreto 24 giugno 1824. — 1. I beni che a titolo di dotazioni o sopradotazioni sono stati accordati dalla commissione esecutrice del concordato ai diversi titolari e comunità ecclesiastiche de' nostri reali dominî al di quà del Faro con nostra sovrana approvazione, non sono soggetti a qualsivoglia obbligazione contratta da' medesimi titolari e comunità ecclesiastiche con atti anteriori, non ostante qualunque patto o condizione in essi apposta.

dalla resistenza che questi opponga all'acquirente. L'evizione vi sarà sempre, sia che il compratore, dopo aver posseduto l'immobile acquistato, se lo veda ritogliere in tutto o in parte da un tale che lo rivendichi, sia che il detentore si nieghi a farlo immettere in possesso di tutto o parte del fondo. — Ma si badi : perchè vi sia evizione non è necessario che l'acquirente sia privato assolutamente, ma che lo sia come acquirente.

Così, se io divento erede o legatario di colui a cui appartenevano i quindici ettari di terreno che voi mi avete venduto, non v'ha dubbio che io li possegga, ma non in forza della vostra vendita, e quindi vi sarà evizione. Sarà il medesimo se io, affin di conservare l' immobile vendutomi, debba pagare un vostro creditore a cui l'avevate ipotecato, poichè in tal caso voi non mi avete procurato il pacifico possesso.

II. — Perchè vi sia luogo a debito di garanzia, è necessario che l'evizione avvenga in conseguenza di un dritto esistente prima della vendita, tranne che il venditore fosse in colpa. Infatti è ben chiaro che il venditore in quest'ultimo caso sarà tenuto a garantire l'acquirente, anche quando il dritto sia nato dopo la vendita : così, se voi mi vendete con atto privato, che io trascuro di registrare immediatamente, un immobile che poi vendete ad un altro con atto autentico, è ben chiaro che io avrò il regresso contro di voi per la evizione sofferta da parte del secondo acquirente. Oltre a questo caso, il debito di garanzia esisterà solo quando il dritto che dà luogo alla evizione esisteva già prima della vendita; poichè il venditore non potrebbe essere obbligato a rispondere dei dritti che nascerebbero dopo la vendita senza suo fatto.

Così, vi sarà luogo a garanzia, checchè dicano Dalloz (alla parola *Vendita*, pagina 873) e due decisioni di Metz e di Parigi (25 pratile anno XII, e 31 marzo 1821) allorquando il compratore sia evitto per domanda del nuovo incanto che un creditore ipotecario iscritto sull'immobile eserciti in forza dell'art. 2185 (2084); poichè in tal caso la evizione deriva da un dritto ipotecario che esisteva prima della vendita : è questa infatti la dottrina generalmente ammessa dagli scrittori e dalla giurisprudenza (1); però non tutti si fondano sopra i medesimi motivi, ma chi ne adotta inesatti, come Troplong, e chi segue motivi affatto insussistenti, come Duranton e Zachariae. Per l'incontro, il venditore non sarà tenuto a garanzia pei pesi che graverebbero sull' immobile venduto in forza di una ordinanza amministrativa, posteriore alla vendita, con cui si stabilisse, per modo d'esempio, su questo immobile e sugli altri tutti di un comune una contribuzione estraordinaria per soddisfare il debito del comune, se pur questo fosse esistito prima della vendita. Infatti il debito del comune si deve soddisfare sugli immobili situati nel suo territorio in forza dell' ordinanza ; e poichè fino a questo punto il creditore non ha avuto alcun dritto sull' immobile acquistato, è manifesto che l'evizione deriva da un dritto posteriore alla vendita, per cui il venditore non deve alcuna garanzia. Ciò ha giudicato la Corte suprema, annullando una contraria decisione della Corte d'appello (2).

Ma che dire della evizione che deriva da una prescrizione cominciata prima della vendita, e compitasi poi? Due decisioni, l'una all'altra contrarie (almeno nei loro motivi, poichè le soluzioni van poi d'accordo), hanno consacrato su tal proposito due opposte dottrine, le quali noi crediamo inesatte, sebbene una sia stata adottata dai

(1) Duranton (XVI-260); Troplong (I-426); Duvergier (I-321); Zachariae (II, p. 516); — Cass., 4 maggio 1808; Bordeaux, 27 febb. 1829; Tolosa, 27 agosto 1834 (Dev., 35, 2, 325).

(2) Cass. di una decisione di Nimes del 13 dicembre 1843 (Dev., 44, 1, 209). — Al contrario la espropriazione per cagion di livellamento dà luogo all'azione per garanzia contro il venditore, allorquando la espropriazione si faccia in forza di una clausola demaniale, secondo cui la proprietà venduta deve uniformarsi, senza indennità, ai livellamenti indicati dall' amministrazione. Cassaz., 2 marzo 1850 e 14 giugno 1853 (Dev., 51, 1, 8; 53, 1, 325).

e scrittori che trattano la quistione (1). a Corte di Bordeaux, prendendo alla let:ra queste parole improprie di Pothier , oè esser sufficiente che la evizione abbia na causa o *un germe* anteriore alla venita, ed interpretandole nel senso condanato dalla decisione di cassazione sopra itata , dichiara esser dovuta in tal caso ı garanzia. Al contrario la Corte di Boures , e con essa Troplong , Duvergier e achariae niegano la garanzia, dicendo che dritto ingenerato da una prescrizione esite dal giorno in cui essa sia intieramente ompito, sicchè in questa ipotesi l'evizione deiva da un dritto posteriore alla vendita. Per ero la quistione non si può risolvere in modo ıssoluto, nè nell'un senso nè nell'altro; ma a si dovrà piuttosto risolvere, secondo i :asi, ora contro il venditore , ora contro l compratore. Sarebbe veramente risibile :d *iniquo* dire , colla Corte di Bordeaux, he la prescrizione dovrà sempre tornare n danno del venditore, purchè sia corsa ontro di lui per pochi mesi, non imporando che il venditore abbia taciuto per entinove anni ; ma non è punto meno iniuo dire che essa tornerà sempre e neessariamente in danno dell' acquirente , enza poter chiedere garanzia, allorquando a prescrizione si compia intieramente pohe settimane dopo la vendita! Eppure a iò ne menerebbe il principio della decisione di Bourges, e di Troplong, Duverier e Zachariae : basterebbe che al tempo lella vendita vi vogliano ancora poche settimane, pochi giorni per trascorrere intieamente i trent'anni, per dirsi che la precrizione abbia avuto luogo dopo la venlita, che il dritto da cui deriva la evizione ia posteriore alla vendita , e che quindi ıon sarà dovuta alcuna garanzia!... Un tal principio non può affatto sostenersi; bisogna dunque cercare altrove il principio della soluzione.

Esso è ben semplice. Come abbiam detto, il venditore è tenuto al debito di garanzia, quando l'evizione, sebbene risulti da un dritto posteriore alla vendita, derivi da un fatto a lui imputabile. Or l'acquisto della prescrizione dovrà imputarsi al venditore e non al compratore , quando sia corsa per più di ventinove anni contro il primo, e per pochi mesi soltanto contro il secondo. La quistione dunque sta nel vedere quale delle due parti sia in colpa di aver fatto correre la prescrizione.

Ciò dovrà valutarsi secondo le circostanze ; ed appunto per questo noi dicevamo fin dal principio che le due decisioni delle Corti di Bourges e di Bordeaux, contraddittorie ed inesatte nei loro motivi , van poi d'accordo nelle loro soluzioni (2).

Siccome il venditore non è tenuto a garantir l'acquirente dalle evizioni che derivino da un dritto posteriore alla vendita e a lui non imputabile, così egli non dovrà nemmeno rispondere di quelle che derivino da un caso fortuito o da forza maggiore; poichè sì nell'un caso che nell' altro egli non ha alcuna colpa nel danno sofferto dall'acquirente.

Fra gli avvenimenti di forza maggiore si è noverato, ed a buon dritto, il fatto del principe , cioè qualunque atto del potere legislativo od esecutivo, con cui si ordina uno spossessamento che non deriva affatto da un dritto preesistente. Che se lo spossessamento effettuato in tal guisa derivi da un dritto preesistente, cotalchè il principe direttamente non ha fatto altro che quel che poteva fare il tribunale, è ben manifesto che in tal caso la garanzia sarà do-

(1) Troplong (I, 425); Duvergier (I-314); Zachaiae (II, p. 516); Bourges, 4 febb. 1823; Bordeaux, febb. 1831 (Dev., 31, 2, 138). — *Vedi* pure Pau, dic. 1853 (Dev., 54, 2, 262).

(2) In una delle due specie, in cui fu accordato regresso contro il venditore , erano già scorsi ontro di lui quattro quinti del termine della precrizione ; l' acquirente fe' trascorrere di leggieri ultimo quinto, poichè trattavasi di una siepe su cui gli atti di possesso si fanno a lunghi intervalli , essendo solito d' ordinario che si tagli ad ogni tre anni, ed alle volte dopo sei anni! Al contrario nell'altra specie la prescrizione era del tutto imputabile alla trascuratezza dell' acquirente , il quale l'avea lasciato correre per diciotto anni. In sostanza dunque tutte e due le decisioni sono conformi ai veri principî.

vuta secondo le regole sopra indicate (1). Sarà il simile se l'atto del potere legislativo od esecutivo si facesse appunto sulla domanda del venditore e nello interesse di lui, poichè allora vi sarebbe un fatto suo proprio (2).

Ma se il fatto del principe costituisce un caso di forza maggiore che non dà luogo ad alcuna garanzia, non è così però del fatto del giudice. Se pure fosse chiaro che la sentenza che pronunzia la evizione sia andata in errore, dichiarando appartenere ad un terzo il dritto che realmente competeva al venditore, questi è sempre nell' obbligo di garantire il suo acquirente. Pothier (n. 95) insegnava il contrario secondo i principî della legge romana; ma la sua dottrina non può più oggi ammettersi. Ogni decisione giudiziaria passata in cosa giudicata forma per legge una verità, sebbene in fatto non sia; in conseguenza, giudicato che il tale immobile non apparteneva al venditore, questi in dritto non ha potuto trasmetterlo all'acquirente, e quindi è nell'obbligo di ristorarlo. Ma se il venditore che non sia stato chiamato in giudizio, pruovi che egli si sarebbe fatta ragione con mezzi positivi non messi avanti dallo acquirente, in cotesto caso cesserebbe l'obbligo della garanzia, poichè l'errore del giudice sarebbe tutto imputabile alla trascuratezza del compratore (art. 1640 (1486); oltre a questo caso il venditore dovrà sempre rimborsare il compratore. Allora infatti l'errore non potrebbe imputarsi che a lui o al giudice: se a lui, e dovrà risentirne le conseguenze; se al giudice, e allora non v'ha errore in dritto, quantunque in fatto fosse vero, poichè la cosa giudicata vale per verità (3).

III. — Nel caso di vendita per espropriazione forzata, avrà dritto l'acquirente ad essere garantito come nelle vendite ordinarie; e nell'affermativa contro chi potrà rivolgersi?

Cotal quistione è delicata quant'altra mai, poichè confonde la obbligazione di garanzia risultante dai nostri articoli, o colla risponsabilità generale stabilita dall'articolo 1382 (1336), o anche colla regola della ripetizione del pagamento fatto per errore (art. 1377 (1331))..... Per non incorrere in tal confusione, parleremo ora soltanto della quistione di garanzia tra compratore e venditore, riservandoci appresso a trattare l'altra quistione, cioè se l'acquirente, cui sia stata tolta in tutto o in parte la cosa aggiudicatagli, possa ripetere dai creditori del debitore pignorato le somme che aveva loro pagato.

Persil (*Quist.*, t. II, p. 241) e con lui tre decisioni delle Corti di appello (4), accordano all' aggiudicatario l' azione contro il debitore pignorato, e inoltre l'azione di garanzia per l'evizione contro il creditore pignorante, il quale, dicesi, è in qualche modo venditore, essendosi ad istanza di lui pronunziata l'aggiudicazione. — All'opposto Troplong (n. 432), fondandosi sull'autorità delle leggi romane, come avea fatto Pothier, insegna che nessuno in tal caso è obbligato alla garanzia, nè il debitor pignorato nè il creditor pignorante, poichè la vendita non è stata fatta nè dall' uno nè dall'altro, ma dalla giustizia. — Queste due opinioni sono state rigettate dalla Corte suprema e dal più degli scrittori, i quali ammettono che la garanzia sia dovuta, ma dal solo debitore pignorato.

Noi crediamo non potersi dire altrimenti. Da un lato infatti, se la qualificazione di *venditore* non compete al debitore espropriato in tutto il significato della *parola*, gli compete però nel senso di cui trattasi. Egli è possessore; egli si è dato ad intendere come proprietario delle cose che si sono vendute a sua conoscenza, e per conto di lui; egli quindi si ha procurato il medesimo vantaggio, ed ha cagionato all' acquirente il medesimo danno come se egli stesso abbia consentito alla vendita. Tutto ciò che si potrebbe imputare al ven-

(1-2) Rig., 14 aprile 1830; Cass., 8 genn. 1831 (Dev., 31, 1, 106).
(3) Troplong (1-424); Duvergier (1-316); Rig., 6 gennaro 1841 (Dev., 41, 1, 24).
(4) Tolosa, 24 genn. 1826; Dijon, 23 ag. 182[illegible]; Caen, 7 dic. 1827.

litore ordinario, e che dà luogo al debito di garanzia, può nè più nè meno imputarsi al debitore espropriato; sicchè a buon dritto la Corte suprema ha dichiarato doversi su tal riguardo intendere per venditore, non solo *quegli che si spossessa volontariamente della cosa venduta, ma quegli pure che ne viene spogliato dalla giustizia*. D'altro canto, il creditore pignorante non è affatto venditore. Egli intenta l'azione, e vedremo bentosto le conseguenze; ma non è egli parimente quegli che vende, bensì il magistrato, il quale agisce per conto del debitor pignorato, e come mandatario legale di lui. L'azione per garanzia adunque esiste contro il solo debitore espropriato (1).

Il creditore pignorante come abbiam detto, non potrà mai esser perseguito come venditore in forza del nostro articolo 1626 (1472); ma egli dovrà sempre rispondere delle sue colpe, secondo l'articolo 1382 (1336), come per esempio, se abbia commesso nei procedimenti di espropriazione delle irregolarità per cui dovrebbe annullarsi l'aggiudicazione, o se abbia pignorato beni di cui il debitore non aveva il possesso, e sui quali non avesse fatto alcun atto capace a farnelo credere proprietario. In questi due casi la colpa è del creditore, il quale quindi sarà tenuto a ristorare il danno cagionato allo aggiudicatario. Adunque tutte e tre le decisioni sopra citate, di Tolosa, Dijon e Caen, sono inesatte nei loro motivi, ma per l'incontro le due prime sono esattissime nelle loro decisioni, perchè profferite nella ipotesi prevista.

Checchè ne dicano Delvincourt e Duranton (XIII - 686), i creditori graduati a cui l'aggiudicatario evitto abbia pagato il suo prezzo, possono, in forza dell'articolo 1377 (1331), esser condannati a restituire il prezzo. Si direbbe indarno che la somma pagata ai creditori, era loro realmente dovuta dal debitor pignorato, e che quindi, secondo il dritto romano, non vi è luogo a restituire. Sotto gli art. 1376 e 1377 (1330 e 1331) abbiam visto che il nostro Codice in questa materia non ha seguito le regole del dritto romano; inoltre, se non si può applicare l'art. 1376 (1330), avuto riguardo che i creditori hanno in realtà ricevuto ciò che loro si doveva, non è così per l'art. 1377 (1331). Esso infatti accorda la ripetizione, quand'anche la somma fosse dovuta, ma non da colui che l'ha pagata; cioè quando colui che l'ha ricevuto era creditore, non debitore quegli che l'ha pagata per errore. Or l'aggiudicatario è tenuto al prezzo dei beni quando gli sono stati realmente trasmessi; egli non dovrà mai il prezzo dell'acquisto, se acquisto non vi sia: allorchè dunque l'aggiudicazione sia dichiarata nulla, in modo che l'aggiudicatario niente abbia acquistato, egli non è stato mai debitore, e potrà quindi ripetere la somma che avea pagato per errore. Ciò infatti è stato riconosciuto dalla maggior parte degli scrittori e delle decisioni, che han rigettato la contraria dottrina di Delvincourt e di Duranton (2).

IV. — Ma da chi dovrà soffrirsi la evizione, perchè il venditore sia tenuto alla garanzia? Pothier (n. 98), seguendo anche su questo punto la strana idea di una legge romana, dicea doversi la garanzia quando l'evizione fosse sofferta o dal medesimo acquirente, o dal suo successore a titolo universale o a titolo particolare, ma non già quando la risentisse il successore a titolo gratuito e particolare. In tal modo, allorchè io fo donazione del podere da voi vendutomi, ed il mio donatario soffra qualche molestia, non vi sarebbe più luogo a garanzia, e voi sareste al sicuro da qualunque regresso. Pothier assegna per tutta ragione che il donatario non può pretender garan-

(1) Favard (V, p. 73); Pigeau (*Proc. civ.*, II, pag. 252); Duvergier (I-345); Delvincourt, Duranton (XVI-265); Zachariae (II, pag. 517); — Cass., 6 dic. 1828; Pau, 20 agosto 1836 (Dev., 37, 2, 278).

(2) Persil (*Quist.*, I, 241); Merlin (*Rep.*, alla parola *Pignoramento d'immobili*, § 7, n. 2); Favard *Pignoramento immobiliare*, § 2, art. 751); Rolland de Villargue (alla parola *Espropriazione*, n. 85); Troplong (I-498); Duvergier (I, 346); Zachariae (II, p. 518); — Lione, 2 luglio 1825; Colmar, 22 marzo 1836; Lione, 15 dic. 1841; Rouen, 25 giugno 1849; Riom, 30 genn. 1850 (Dev., 36, 2, 331; 42, 2, 168; 50, 2, 383; *Giornale degli avvocati*, 75-242).

zia dal suo donante; sicchè nè questi può pretendere di essere indennizzato, perchè non soffre alcuna perdita, nè il donatario lo potrà alla sua volta, poichè la sua medesima qualità non gli permette di esercitare quel dritto.

Cotesta dottrina è contraria al dritto e all'equità. Come dire che il venditore sia libero dalle sue obbligazioni, perchè il suo compratore ha voluto donare la cosa venduta? Nel caso di evizione adunque la donazione vantaggerebbe il venditore! egli riterrebbe il prezzo della cosa venduta, lasciando il donatario a mani vuote! Invero fa meraviglia che Pothier abbia sostenuto una simile dottrina, la quale oggi è stata da tutti rigettata. Però spesso si equivoca sui principî di dritto, secondo i quali si vuol risolvere la quistione, e Troplong specialmente si è appigliato ad idee affatto inammissibili e contraddittorie. Il dotto magistrato, dopo aver detto che il dritto di azione del donatario dipenda dal capriccio del donante e dal dritto che questi avrebbe per un preteso *interesse di affezione* che qui non entra, aggiunge un'altra inesattezza anche più grave; poichè riconosciuto prima, nel n. 427, che il donatario può intentare l'azione per garanzia contro il venditore del suo donante, perchè *questi gli ha implicitamente ceduto tutt'i suoi dritti e le azioni in quanto alla cosa*, aggiunge poco dopo (n. 497) *essere impossibile* questa cessione implicita dell'azione per garanzia, dandone tre motivi (l'uno più che l'altro insussistente) che a suo avviso sono *decisivi*!... Or la sola prima idea è la vera. Il nostro dritto presente non ammette le sottigliezze del dritto romano intorno alla cessione delle azioni; chiunque il quale alieni, trasmette insieme colla cosa tutti i dritti e le azioni che sovr'essa le competono, *cum omni sua causa*: la buona fede delle convenzioni non gli permette di riserbarsene alcuno, tranne non si indichi espressamente. Lo stesso Pothier, in altro luogo (n. 149), sostiene la verità di questo principio, dicendo con molta esagerazione che nel caso di più rivendite successive fatte per varî prezzi, l'ultimo acquirente sarà investito delle azioni per garanzia dei suoi predecessori, e potrà scegliere quella che più gli piaccia per esercitarla assolutamente come colui nel quale essa è nata; sicchè, se per modo d'esempio la cosa da lui comprata per 50,000 franchi sia stata pagata 80,000 da uno dei primi acquirenti, in caso di evizione egli potrà ripetere questi 80,000 fr., facendosi dare 30,000 fr. di più della somma da lui pagata! E Troplong, appunto per combattere siffatta induzione di Pothier, è caduto alla sua volta nell'errore sopra notato.

Or secondo noi questo principio, sconosciuto da Pothier nel caso di donazione ed esagerato nel caso di vendita, e negato da Troplong in questo secondo caso ed applicato nel primo, devesi applicare in ambi i casi. Chiunque alieni, trasmette di pieno dritto all'acquirente, tranne una dichiarazione contraria, tutt'i dritti e le azioni che egli aveva sulla cosa alienata. Il donatario adunque, investito della proprietà della cosa donata, riceve anche dal donante le azioni che aveva sovr'essa; egli quindi potrà sperimentare l'azione per garanzia contro il venditore del donante, sebbene non potrebbe esercitar quest'azione contro il medesimo donante (almeno in principio, poichè è noto che in alcuni determinati casi i donanti son tenuti alla garanzia (art. 1440 e 1547 (T e 1360)).

La garanzia si dovrà dunque in tutti i casi in cui la evizione sia sofferta dall'acquirente o dal suo avente-causa, chiunque si fosse. Ciò insegna formalmente Domat, allorchè dice: « La domanda per garanzia può intentarsi tanto dall'acquirente che dai suoi rappresentanti, come il suo erede o *donatario* ».

La Corte di cassazione ha condannato la falsa teoria di Pothier, secondo la quale colui che non ha azione per garanzia contro il suo autore, non può nemmeno intentarla contro il venditore di costui, giudicando, contro una decisione della Corte di Rouen, che l'acquirente il quale per effetto di una convenzione formale non ha azione per garanzia contro il suo autore immediato, potrà nondimeno rivolgersi con-

o il venditore precedente. Per altro le orti di appello e gli scrittori hanno generalmente rigettato e con buona ragione a dottrina di Pothier (1).

V. — L'obbligazione del venditore di garantire il suo acquirente è propria della atura della vendita; secondo l'art. 1626 1472) essa esiste di pieno drilto, quandunque non si sia stipulata (2). — Ma non è punto essenziale, poichè, secondo lo art. 1627 (1473), le parti possono con una speciale stipulazione non solo restringerla, ma anche toglierla del tutto, e per l'incontro elargarla. Però, in quanto ad alcuni fatti personali del venditore posteriori alla vendita, o anche anteriori ed ignoti all'acquirente, il debito di garanzia esisterà sempre, perchè essenziale al contratto. Diciamo dunque che le parti a loro talento possono estendere o restringere l'obbligazione legale della garanzia. — Per cagion d'esempio, esse possono estenderla, stipulando che si applicherebbe anche al fatto del principe o ad altri casi di forza maggiore. Però è necessario che la volontà sia chiaramente indicata su tal proposito: non basterebbe quindi dire che la vendita si faccia *con garanzia di qualunque danno od evizione*, perchè si desse a questa frase così comune un significato troppo largo. Con quelle parole si potrebbero intendere soltanto le evizioni o danni *imputabili al venditore*, cioè si riprodurrebbe nè più nè meno la regola stabilita dal Codice (3). Bisogna dunque, o 1° che l'atto dichiari espressamente la garanzia dovuta per il tal caso speciale o per qualunque caso di forza maggiore; o 2° che le parole *qualunque evizione* siano spiegate in questo senso dal contratto (4). Così, quando dichiarisi nell'atto che il compratore per effetto di certe circostanze potrà essere spossessato per il fatto del principe, o vedersi tolta una parte del fondo dalle acque di un fiume o del mare, la clausola di garanzia *per qualunque evizione* si estenderà naturalmente ai casi previsti. Questa garanzia, più estesa di quella della legge e derivante da speciali convenzioni, dicesi alle volte *garanzia di fatto*, in contrapposto alla prima che dicesi *garanzia di dritto*, perchè sorge dalle sole disposizioni del Codice. — Viceversa, le parti possono anche restringere o toglier di mezzo l'obbligo legale della garanzia; però questa facoltà non si estende a tutti i fatti personali del venditore. Bisogna distinguere in due classi questi fatti: quelli anteriori al contratto, quelli posteriori. Per quest'ultimi si dovrà sempre applicare la regola del nostro articolo 1628 (1474); e se pure si stipulasse, per questi fatti posteriori, che il venditore non sarà tenuto a garanzia solo per il tal caso determinato, questa clausola sarà nulla, e il debito di garanzia esisterà sempre. Ma non avviene così pei fatti anteriori al contratto, pei quali la clausola di non esser dovuta alcuna garanzia sarà nulla semplicemente allorchè stipulata in modo generale, e non mai quando versa sopra uno o più fatti specialmente dichiarati all'acquirente dal venditore. Per vero non ci sembra affatto illegale che un venditore stipuli di non dovere alcuna garanzia per la evizione che potrebbe derivare da un fatto a lui personale, ma che il compratore conosce. La ragione stessa ne convince; per altro sorge chiaro dai precedenti dell'art. 1628 (1474), che questo caso non è affatto in esso compreso. La garanzia

(1) Duranton (XVI-276); Duvergier (I-343); Troplong (I-429); Zachariae (II, p. 518); Domat (lib. I, sez. 2); — Cass., 25 genn. 1820, Bordeaux, 5 ap. 1826; Bordeaux, 4 febb. 1831 (Dev., 31, 2, 138). — Oltre alla ragione sopra esposta, si è fondata alle volte quella soluzione su quest'altro motivo, che il donatario evitto può esercitare i dritti del suo autore, come creditore di lui, in forza dello art. 1166 (1119). (Duranton, Troplong, e la decisione del 1826). Ma questo motivo è svantaggioso ed inesatto. Svantaggioso, poichè se il donatario agirebbe in forza dell'art. 1166 (1119), la somma ottenuta andrebbe nel patrimonio del donante, e tutti i creditori di lui vi avrebbero il medesimo drilto che il donatario. Inesatto, poichè, come abbiam visto, il donatario non agisce in nome del donante, ma in suo nome proprio, esercitando un drilto che gli appartiene, perchè trasmessogli insieme colla cosa.

(2) Nondimeno, come ora vedremo nel n. VI, la garanzia espressamente stipulata, in un caso è più efficace di quella che risulta solo dalla legge.

(3) Rig., 27 piovoso, anno XI; Bordeaux, 24 gennaro 1826.

(4) Cass., 19 fiorile, anno XII.

dunque è essenziale alla vendita per quei soli fatti personali al venditore posteriori al contratto, o anteriori e non dichiarati (1).

VI. — Il debito di garanzia può cessare, o in quanto ai soli danni-interessi, o anche pei danni-interessi e per la restituzione del prezzo.

Il venditore non è tenuto ai danni-interessi, ma alla sola restituzione del prezzo: 1° quando siasi stipulato di non esser tenuto a veruna garanzia (articolo 1629 (1475)); 2° quando nel silenzio dell'atto di vendita intorno al debito di garanzia, l'acquirente abbia conosciuto al tempo della vendita il pericolo della evizione, come scorgesi dall'art. 1599 (1444), il quale obbliga il venditore della cosa altrui a risarcire i danni-interessi, allorquando il compratore abbia ignorato che la cosa fosse d'altrui.

Noi qui supponiamo che nell'atto si taccia della garanzia; perchè essendosi stipulata formalmente la garanzia, i danni-interessi si dovrebbero sempre al compratore, benchè egli abbia conosciuto le cause di evizione (2); e stipulata la nessuna garanzia, e conoscendo il compratore le cause di evizione, il venditore non sarebbe tenuto nè al pagamento dei danni-interessi, nè alla restituzione del prezzo, come vedremo. Non monta del resto, se il compratore abbia acquistato quella scienza per una formale dichiarazione o in altra maniera.

Il venditore sarebbe forse tenuto a dichiarare ciò che il compratore conosce? È ragionevole, trovasi nella legge romana e in una decisione della Corte suprema, che non bisogna far conoscere a colui che conosce. Quando voi nel comprare avete avuto piena scienza, non importa donde vi sia venuta. In ciò nessun dubbio. — Ma alcuni scrittori, ammessa questa regola come principio, creano in quanto alle ipoteche una eccezione che per noi non ha alcun fondamento, e intorno alla quale non si accordano i partigiani di essa. Troplong (nn. 418 e 477) insegna che il venditore debba dichiarare se esistano ipoteche derivanti da lui, ma non mai se ne esistano per parte di precedenti proprietari. Duvergier (n. 319) e Zachariae (II, p. 525) stimano che debba dichiarare le une e le altre. Duranton (XVI-26) si spinge anche più in là, pretendendo che la dichiarazione necessaria per le ipoteche dei precedenti proprietari, non basterebbe nemmeno per quelle del medesimo venditore. Cotesta eccezione, che non leggesi in alcun luogo, non può da noi ammettersi. La legge, come dice benissimo Duvergier, non fa distinzione fra le ipoteche del venditore e quelle dei precedenti proprietari, distinzione che mal si è voluto fare da Troplong e Duranton; ma nemmeno fa distinzione fra le ipoteche e le altre gravezze, come hanno voluto fare Duvergier e Zachariae. La legge parla di tutte le gravezze (art. 1626 (1472)) a fin di distinguerne la causa, e di qualunque pericolo di evizione (art. 1629 (1475)) di cui non distingue l'indole; adunque o la dichiarazione è necessaria sempre, o non mai.

Riconoscono tutti che nell'articolo 1626 (1472) (il quale si spiega ed ha compimento con l'art. 1629 (1475), con l'articolo 1599 (1444) e con le regole del diritto romano e del nostro antico dritto), si sottintende, se *le gravezze non sono state conosciute*; quindi non è mai necessaria la dichiarazione, bastando che il compratore ne abbia avuto conoscenza al tempo della vendita; le distinzioni sono di arbitrio, onde bene a ragione nessuna ne fu fatta da Pothier, Merlin e dalla giurisprudenza (3).

Il venditore non sarà tenuto nè a pagare

(1) Pothier (n. 185), Fenet (XIV, pag. 165); Troplong (I-477); Duvergier (I-337); Zachariae (II, pagina 524).

(2) Rigetto, 7 frimaio anno XII; Cass., 19 fiorile anno XII; Nîmes, 7 fiorile anno XIII. — La conoscenza che ha il compratore fa cessare la garantia puramente legale, ma non la espressamente stipulata; e in vero la presunzione di liberazione risultante dalla conoscenza che il compratore acquista, vien meno innanzi una volontà contraria.

(3) C. 1. *de evict.*; Pothier (n. 187); Merlin (alla parola *Garanzia*, § 7, 2); Rig., 16 giugno 1840; Rig., 20 giugno 1843; Douai, 16 febbr. 1846 (Dev. 40, 1, 870; 43, 1, 288; 46, 2, 319).

anni-interessi, nè a restituire il prezzo: ° quando le due circostanze di cui abbiamo atto distinto discorso, saranno riunite, cioè e si è stipulata la nessuna garenzia, e il ompratore ha avuto scienza, al tempo della endita, del pericolo della evizione (articolo 1629 (1475). Duranton (XVI-261) il quale insegna che il venditore sarebbe sempre tenuto ai danni-interessi, quand'anche ne avesse fatto la dichiarazione, pretende poi che egli sia liberato in quanto agli altri pesi, ove li abbia dichiarato, nè siasi stipulata la nessuna garenzia, non solo dei danni-interessi, ma bensì della restituzione del prezzo. Ma siffatta dottrina è stata da tutti rigettata (1). — Or la semplice dichiarazione di un peso che implicitamente e per presunzione racchiude l'intendimento di non garantire; e siccome questa non esonera dal restituire il prezzo, così nè pur a dichiarazione; il venditore non è tenuto alla restituzione del prezzo quando vi sia a dichiarazione (o una conoscenza altrimenti acquistata) e infine la stipulazione di non garantire. — 2° Quando la vendita si fa a rischio e pericolo del compratore, cotalchè in cotesto caso la vendita non comprende la cosa in se stessa, ma solo le pretensioni che il venditore può avere sopra di essa. Allora è osservata la promessa del venditore, quando trasmette i suoi diritti o meglio le pretensioni più o meno fondate che avea sulla cosa, per cui il compratore non può mai ridomandare il prezzo ove non ottenga la cosa. Pertanto non bisogna qui distinguere se nell'atto di vendita sia o no la clausola di non garantire, poichè se pur manchi, si dovrà applicare ciò che dice l'art. 1629 (1475) (2). — 3° Quando l'evizione è avvenuta per colpa o almeno per fatto dello stesso compratore, come nella ipotesi preveduta dall'art. 1640 (1486). — 4° Finalmente, quando si è espressamente convenuto di conservarsi il prezzo, come a mò di esempio se si fosse detto che la vendita si è fatta « *senza garanzia nè alcuna restituzione di prezzo* ».

Le Corti di Colmar e di Lione hanno giudicato che non sarebbe dovuta alcuna garenzia, quando la porzione che è stata ritolta al compratore sia minore del ventesimo dell'intero valore, in forza dell'articolo 1619 (1465), da cui, si dice, dee dipendere l'art. 1626 (1472).

Grave errore. Le due regole sono distinte e indipendenti l'una dall'altra. Quando il compratore, che riceve e conserva *intera* la cosa, pretende che l'estensione non sia quella indicata nel contratto, non ha dritto per legge ad uno scemamento di prezzo se non quando il manco della estensione sia del ventesimo dell'intero. Ma quando il compratore non riceve o non conserva tutta la cosa, quando una porzione che ha creduto e voluto comprare gli è ritolta, quando un terzo ne lo spoglia, non vi sarebbe ragione o pretesto per negargli la garenzia. L'art. 1626 (1472) non ha fatto dipendere la sua disposizione dalla condizione scritta nell'articolo 1619 (1465): siccome è stato ben giudicato dalla Corte suprema che ha cassa una decisione della Corte di Lione, per aver violato l'art. 1626 (1472) e falsamente applicato l'art. 1619 (1465) (3).

VII. — Il compratore che ha dritto di essere garentito, caso avvenga la evizione, può far dichiarare inammissibile qualunque azione che per cagion di evizione vorrebbe esercitare contro di lui quegli che sarebbe tenuto a garantirlo. Chi deve garantire non può ridomandare la cosa: *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

L'eccezione di garenzia si può esercitare contro qualunque è tenuto a garentire, se altri recasse molestia; e però contro il venditore, il fidejussore, e tutti i successori universali dell'uno e dell'altro.

Se il proprietario della cosa venduta *a non domino* diventi erede del venditore,

(1) Troplong (I-483); Duvergier (I-341); Zachariae (II p. 525); Parigi, 16 luglio 1832 (Dev., 32, 2, 518).

(2) Pothier (n. 186); Duranton (XVI, 262); Troplong (I-417); Duvergier (I-339); Zachariae (II, pagina 523). — *Vedi* anche Riom, 13 marzo 1849 (Dev., 49, 2, 616).

(3) Colmar, 19 aprile 1837; Cass., 14 genn. 1851 (Dev., 40, 1, 870; 51, 1, 103).

non potrà egli, perchè proprietario molestare il compratore, avvegnachè quale erede del venditore sia tenuto a garentirlo per la sofferta evizione. Noi però lo supponiamo puro e semplice, perchè essendo beneficiato, non avrebbe assunto personalmente le obbligazioni del defunto, e quindi potrebbe rivendicare la cosa venduta, salvo il dritto che potrebbe esercitare il compratore sui beni dell'eredità; una contraria decisione della Corte di Riom (13 dic. 1807) è erronea, ed è stata a buon dritto condannata dagli scrittori e dalla giurisprudenza (1). L'eccezione di garanzia potrebbe similmente opporsi al legatario universale o a titolo universale del venditore, poichè è tenuto ai debiti del defunto; se non che non rappresentando egli la persona, ma succedendo solo ai beni, potrebbe coll'abbandono dei beni legati schivare le conseguenze della garanzia.

Noi di accordo con la giurisprudenza avvisiamo doversi la medesima regola applicare al donatario universale o a titolo universale, perchè anche tenuto, qual successore ai beni, alle obbligazioni del suo autore. Parecchi scrittori, massime Toullier (V-816 e seg.), Troplong (I-448) e Duvergier (I-349), tuttochè ammettano la regola contro il donatario di beni presenti e futuri, non la fanno però valere contro il donatario di soli beni presenti, perchè dicono non essere lui tenuto al pagamento dei debiti. Ma noi non possiamo accostarci alle loro idee. Indarno si dice, riproducendo una teoria di Ricard, che qualunque donazione fra vivi, anche universale, sia a titolo particolare, perchè a rigore evvi universalità quando si comprendono le cose future non che le presenti. Ciò per noi è un sofisma. Certo la proposizione di Ricard è esatta in un senso; ma la quistione non è se la donazione che comprenda tutto il patrimonio presente di una persona sia *universale* nel senso più lato ed assoluto della parola; bensì se possa averne il nome, e produrre l'obbligazione al pagamento dei debiti; se la massima « *universi patrimonii, non certarum rerum aes alienum onus est* » debba applicarsi tanto per il solo patrimonio presente (pei debiti presenti) quanto del patrimonio presente e futuro (pei debiti presenti e futuri). Ma si potrebbe di ciò dubitare? non chiama forse la legge donazione *universale* quella di cui discorriamo?

Non sarebbe infatti risibile che si chiami *certarum rerum* quella disposizione con cui vi do in massa tutti i beni, dritti ed azioni che mi appartengono? Tutte queste cose riunite insieme costituiscono l'universalità, e il Codice lo dice sempre. La comunione che riguarda tutti i beni presenti dei coniugi è la comunione *universale*, non meno che l'altra che comprende i beni presenti e futuri; però in quella sono comuni i debiti presenti, in questa i presenti e i futuri. Dippiù ciò che noi affermiamo, fu insegnato sempre da Pothier; e sorge dai lavori preparatori che i compilatori vollero anche in ciò seguire il loro maestro. Il rapporto al Tribunato, detto prima come fosse laconico il progetto nella parte che concerneva i debiti e pesi, soggiungeva non recare alcun pericolo, perchè i principî erano abbastanza noti; e rassegnando poi le varie donazioni fra vivi, dice: « Donazione di tutti i beni... I beni sono quelli che restano dedotti i debiti. In conseguenza il donatario di tutti i beni è tenuto per dritto a tutti i debiti e pesi esistenti al tempo della donazione ». Con buona ragione adunque il donatario universale è stato dichiarato dalla giurisprudenza tenuto ai debiti del donante, e perciò alla garenzia da costui dovuta (2).

(1) Pothier (n. 175); Toullier (IV-337); Delvincourt (t. II), Chabot (art. 802); Vazeille (*ibid.*); Duranton (VII-52); Troplong (I-447), Duvergier (I-350); Rig., 1 dic. 1812; Grenoble, 28 marzo 1835 (Dev., 36, 2, 47).

(2) D'Argentrè (Bretagna, gl.7, 16); Furgole (*sull'Ordinanza* del 1731); Pothier (*Donaz.*, sez. 3, art. 1; *Vendita*, n. 175); Grenier (nn. 86 e seg.); Delvincourt (t. II); Duranton (VIII-472); Vazeille (art. 945, n. 1); Riom, 2 dic. 1809; Parigi, 15 nov. 1811; Limoges, 29 aprile 1817; Tolosa, 3 ap. 1821; Bordeaux, 23 marzo 1827; Nîmes, 3 aprile 1827; Bordeaux, 7 ag. 1834; Agen, 4 giugno 1837 (Dev., 35, 2, 55; 39, 2, 490).

La regola che il proprietario della cosa nduta *a non domino*, il quale diventi i successore universale del venditore, n può ritogliere più la cosa, varrebbe che per un minore i cui beni siano ati venduti dal tutore come suoi, ovvero lla promessa che il minore ratificherebbe vendita; non essendosi fatta eccezione i minori, questi sono governati dalla reda comune (1). Ma potrebbe il minore togliere la cosa sua, vendutasi come apartenente al minore, ove la vendita sia ulla per non essersi adempite le formalità rescritte? Troplong e Duvergier (*loc. cit.*) spondono che sì, perchè, secondo loro, ssendo l'atto di vendita comune al venitore e al compratore, debbono all'uno all'altro imputarsi i vizî dell'atto, per cui venditore non sarebbe tenuto a garania. Ma non ammettiamo che i vizî sieno nputabili al venditore e al compratore; e e pur fosse vero, non ne verrebbe quella onseguenza. Ove questi e quello sieno stati egligenti, il compratore non potrebbe voere in caso di evizione che la restituzione el prezzo, ma non mai danni interessi; erò siccome il venditore è tenuto alla garanzia, così egli non può ritogliere la cosa l compratore, e nemmeno il può colui che rappresenta. Difatti, potrebbe il mio venitore, il quale è obbligato a difendermi da utti i turbamenti recati al mio possesso, pogliarmi della cosa vendutami sol perchè sia stato negligente al pari di lui? Che terzi, i quali potrebbero allegare il manco elle formalità, mi ritolgano la cosa, ciò sta (però in questo caso il venditore mi dovrà garantire del prezzo); ma non può essere che lo stesso venditore me la ritolga.—Pertanto il venditore deve sempre garantire, e non può mai ritogliere la cosa venduta per qualunque vizio abbia la vendita, fosse anche di forma; conseguentemente il successore universale di esso venditore fosse anche colui che fu già suo pupillo, è al pari di lui obbligato a garantire, e quindi non può recar molestia alcuna. In questo modo ha giudicato la Corte suprema (2).

Colui che si è fatto mallevadore del venditore in faccia al compratore, essendo tenuto alla garanzia, non potrebbe ritogliere la cosa; non importando se egli ne fosse proprietario al tempo della vendita, ovvero lo fosse diventato dopo. Despeisses (t. I, n. 10) insegnava che in questo secondo caso il fideiussore potrebbe ridomandare la sua cosa, perchè, ei diceva, non può aver rinunziato ad un dritto che non per anche era nato al tempo del contratto. Gravissimo errore è questo, che ben fu confutato da Pothier (n. 176); il fideiussore, quando acquistava la proprietà (e conseguentemente il dritto di ridomandare la sua cosa, se nulla lo impedisse), era tenuto alla garanzia, per cui è governato dalla regola *chi deve garantire non può ridomandare la cosa*; l'obbligo di garanzia non fa sorgere il dritto di evizione. Gli eredi ed altri successori universali del fideiussore sono al pari di lui soggetti alla garanzia, e quindi all'eccezione di garanzia; nè com-

(1) Pothier (n. 175); Troplong (I-546); Duvergier (I-351); Bordeaux, 8 dic. 1831 (Dev., 32, 2, 65).

(2) Rig., 14 genn. 1840 (Dev., 40, 1, 569). — Devilleneuve, rapportando questa decisione, mette n dubbio il suo intendimento, e dice non esser certo se in essa si giudichi una quistione di vendita di beni di minore, che si davano come apparenenti al tutore, o se una quistione di nullità di vendita per mancanza delle forme stabilite, poichè la tutrice, che avea venduto senza adempire e forme era comproprietaria della cosa venduta. Ma noi non crediamo che possa mettersi in dubbio, poichè da un canto la tutrice, che si presentava come comproprietaria, domandava *una licitazione* tra lei e i suoi figli minori, con che manifestavasi chiaramente il dritto di proprietà dei minori. D'altro canto l'azione dei minori *era una domanda di annullamento fondata sulla omissione delle formalità essenziali*; *la quale domanda per annullamento* fu dichiarata inammissibile dalla decisione d'appello, perchè i minori, eredi della loro madre, *dovevano garantirne tutte le conseguenze*; fu fatto ricorso in Corte suprema, appunto per essere stata ammessa l'obbligazione di garanzia, nel caso di *nullità di vendita per vizio* di forma; ma la decisione di rigetto disse che, *secondo i termini della domanda per lo annullamento* (quali erano: *nullità dell' aggiudicazione per mancanza delle formalità essenziali*), la Corte di appello ha bene applicato i principî della garanzia..... È dunque manifesta la quistione che fu giudicata dalla decisione.

prendesi che un recente scrittore, Duranton (XVI-254), abbia potuto profferire su ciò contraria sentenza, e, ciò è più, che se ne sia discusso sotto il Codice Napoleone. — Diocleziano e Massimiliano. colla legge 31, *C. de evict.*, fecero per l'erede del fideiussore una benigna eccezione al principio che l'erede deve assumere tutte le obbligazioni del suo autore; ma a prescindere se quella legge romana abbia o pur no quel significato, come notarono Cujacio e Pothier, ed oggi Troplong, basti la risposta che noi siamo governati dal Codice Napoleone, e non più dai rescritti degli imperatori romani, e che mancando nel Codice la riferita eccezione, il successore universale del fideiussore non può sottrarsi all'obbligo di garanzia come nè lo stesso fideiussore.

Invano dice Duranton che il debito di garanzia si risolve al postutto in danni-interessi; e che quindi l'erede del fideiussore può ritogliere la cosa al compratore, pagandogli questi danni-interessi. Il debito di garanzia consiste specialmente nel procuratore il pacifico possesso della cosa venduta; la quale obbligazione può mutarsi in danni-interessi se colui che vi è tenuto non può adempirla. Da ciò appunto deriva la regola *chi deve garantire non può ritogliere la cosa;* e Duranton avrebbe dovuto notare, che ammessa la sua idea per l'erede del fideiussore, la si sarebbe dovuta anche ammettere pel fideiussore, per gli eredi del venditore, pel venditore medesimo, insomma per chiunque avesse l'obbligo di garantire, annullando in conseguenza la regola *quem de evictione!* Il dotto professore aggiunge anche che l'erede del fideiussore non può essere spogliato della sua cosa, *senza il suo fatto;* ma è questo un secondo errore, poichè *per suo fatto* egli è divenuto erede del suo autore, soggettandosi alla obbligazione di dare o conservare il libero possesso della cosa al compratore (1).

VIII. — Un'ultima quistione è stata controversa con molta energia fra gli scrittori, cioè se l'azione e la eccezione di garanzia siano o pur no divisibili. Così, allorquando il venditore lascia parecchi eredi, contro chi dovrà rivolgersi il compratore, che si vegga tolta la cosa comprata da un terzo che si dà per proprietario? Potrà domandar la garanzia da un solo per l'intero, o dovrà forse chiamarli tutti, perchè ciascuno lo garantisca per la parte che lo riguardi? e se appunto fosse uno degli eredi il proprietario della cosa, che vuole ritogliere al compratore, potrebbe questi opporre per l'intiero la eccezione di garanzia allo erede proprietario, affin di evitare la evizione, o potrebbe opporgliela soltanto per la parte che spetta a lui nelle obbligazioni divisibili del defunto, rimanendo quegli sempre libero di rivendicare e ritogliere la cosa sua per il dippiù?

Su poche quistioni invero si è tanto disputato. Molti antichi dottori, specialmente Alciato, Socino, Duperrier, e poi sotto il Codice, Delvincourt e Duvergier, opinarono per la indivisibilità dell'azione e della eccezione, mentre altri scrittori, e non in minor numero, fra i quali Dumoulin e Pothier, e dopo il Codice, Duranton e Troplong, stabilendo in principio la indivisibilità dell'azione, sostengono poi essere divisibile la eccezione, e con tanta convinzione che Dumoulin giunge al punto di lacciare la contraria opinione come *inetta* e *stupida* (2).

Ciò nondimeno una giurisprudenza costante della Corte suprema e delle Corti di appello ha consacrato sempre siffatta opinione pretesa stupida. Noi siamo convinti che la giurisprudenza ha colpito il

(1) Pothier (n. 178); Troplong (I-462); Duvergier (I-353).

(2) Voët (*De rei vind.*, 16); Dumoulin (*De div. et indiv.*, 487); Fachineo (*Controv.*, lib. 10, c. 55); d'Argentrè (*Brettagna*, articolo 419); Lebrun (*Succ.*, lib. 4, cap. 2); Pothier (n. 174); Duranton (XI-265); Troplong (I-434, 438-441, 457); — *Contr.*, Alciato, Lancelot, ed altri citati da Fachineo (c. 45); Socino (l. 42, *De verb. oblig.*); Duval (*De rebus dubiis*); Duperrier (lib. 1, quist. 9); Cochino (46ª consult.); i professori di Louvain (*Recitationes ad pand. tit. De rei vind.*); Delvincourt (t. III); Duvergier (I-355).

vero segno; che la eccezione di garanzia è assolutamente indivisibile; e che la contraria dottrina di Dumoulin, Pothier, Troplong e degli altri è stranamente erronea. Gli è vero che la Corte di cassazione, consacrando questa idea, par che nieghi il carattere parimente indivisibile dell'azione, e ciò contro la opinione di tutti gli scrittori; ma ciò altro non è che un'apparenza, uno scambio di parole, poichè in sostanza la Corte suprema ha manifestato, con parole differenti, un'idea evidente e riconosciuta per vera da tutti gli scrittori. Infatti, come ora vedremo, se l'azione per garanzia è indivisibile in se stessa ed in principio, essa però diventa divisibile messa in pratica; quindi ella si può dire a piacere indivisibile e divisibile, secondo che si consideri astrattamente ed in se stessa, o praticamente e nella sua esecuzione; e la Corte suprema, considerandola da quest'ultimo lato, l'ha dichiarato, ed a ragione, divisibile.

Ecco dunque le due proposizioni che dobbiamo stabilire: 1° L'azione per la garanzia indivisibile per sua natura diventa divisibile nella sua esecuzione; 2° l'eccezione per la garanzia è parimente indivisibile sì negli effetti che nel principio.

È risaputo che il venditore ha obbligo di fare ottenere e conservare al compratore il libero possesso della cosa, e quindi è tenuto: 1° difenderlo e proteggerlo quando sia minacciato da una evizione; 2° ristorarlo ove quella abbia luogo. — L'obbligo della garanzia adunque ha per oggetto principalmente di dare e conservare al compratore il possesso, di difenderlo contro qualunque turbativa o impedimento: è questo lo scopo diretto dell'azione, mancando il quale, si è obbligati ad una somma determinata. Or siccome l'azione del compratore tende a costringere il venditore a difenderlo ed impedire l'evizione, sarà dunque indivisibile, poichè come si potrebbe mai sostenere una terza o una quarta parte di una lite, presentare una parte di un titolo, far valere un mezzo di difesa per una terza od una quarta parte?... Gli è dunque impossibile che uno degli eredi del venditore difenda l'acquirente per la sua parte: l'acquirente dimanda di essere garantito per intero; sicchè, come è manifesto, l'azione considerata in se stessa è assolutamente indivisibile, come insegnano tutti gli scrittori. Ma vediamo quel che potrebbe avvenire nella applicazione del principio. E in prima può darsi che lo erede contro cui si sia rivolto il compratore, non curi o si nieghi di difenderlo (per la qual cosa l'evizione avrebbe luogo, e nascerebbe quindi una nuova obbligazione di restituire il prezzo e i danni-interessi, cioè un debito divisibile). Ma poniamo che lo erede prenda le parti dello acquirente e lo difenda.

Questi, secondo ragione, non potrebbe, come lo può in dritto, contentarsi di chiamar questo solo erede; poichè da un canto si perderebbe molto tempo, potendo l'erede ottenere il termine necessario per mettere in causa i suoi coeredi (art. 1225 (1178)), e da altro canto la condanna pronunziata contro costui non potrebbe opporsi agli altri coeredi, poichè sarebbe *res inter alios judicata* (1). È necessario adunque, come vien detto dallo stesso Dumoulin e dai suoi seguaci, che il compratore si prenda pensiero di mettere in causa tutti gli eredi; diguisachè, sebbene in dritto l'azione sia indivisibile, egli però in fatto dovrà agire come se fosse divisibile, rivolgendosi contro tutti gli eredi e contro ciascuno di essi; l'indivisibilità per lui è un principio che non produce alcuno risultamento. Fu appunto per questo che la Corte di cassazione, badando più alla realtà delle cose, e non sottilizzando fra le astrattezze, dichiarò che l'azione di garanzia è una azione divisibile; ed in vero fa meraviglia che Troplong abbia tanto declamato contro una idea così innocente.

Ma è anche più incredibile che Troplong, Pothier, Dumoulin, i quali con tanta scrupolosità hanno consacrato il principio della indivisibilità della garanzia, per un caso in

(1) Dumoulin (n. 172); Pothier (n. 111); Troplong (n. 440).

cui non produce alcuno effetto, lo niegano poi, senza darne alcuna buona ragione, e con una contraddizione affatto nuova, nel solo caso in cui è efficace. I nostri avversari caldamente han detto che il debito di garanzia è indivisibile; essi credono *stupida* l'opinione contraria, e sostengono che qualunque argomento con cui si volesse combattere questa idea non potrebbe essere *che un paradosso*; il principio della indivisibilità del debito della garanzia, essi dicono, dovrà sempre proclamarsi, anche quando non serva a nessuno scopo, cioè quando l'acquirente procede per via di azione; or questi medesimi scrittori sconoscono il principio appunto quando diventa utile e produce le sue conseguenze, perchè l'acquirente procede per via di eccezione.

Nè sono meno strani i motivi su cui si vorrebbe fondare siffatto risultamento. — Essi incominciano dal dire che siccome la obbligazione *di consegnare* è divisibile, il venditore, ove muoja prima di aver fatto la consegna della cosa, trasmetterà ai suoi eredi un'obbligazione divisibile, a cui ciascuno sarà obbligato di adempire per la sua parte; or la condizione degli eredi, essi dicono, non dovrà aggravarsi per ciò solo che il venditore abbia consegnato la cosa prima di morire!... Noi non sappiamo persuaderci che scrittori di tanta voglia abbiano potuto cadere in siffatta confusione d'idee. Ma come disconoscere che l'obbligazione di consegnare non è la medesima cosa dell'obbligazione di garentire, e che la consegna muta la condizione delle parti, non che i loro dritti? Ma come dimenticare quel che essi stessi poche pagine prima avevano detto (Pothier, n. 105), cioè che, *quantunque l'azione per la consegna* di una cosa divisibile *sia divisibile e passa contro ciascuno degli eredi per la sua parte soltanto*, *nondimeno l'azione per la garanzia è indivisibile e può esercitarsi per lo intiero contro ciascuno degli eredi?*—Essi sieguono dicendo, che se la obbligazione del venditore di proteggere e difendere l'acquirente sia indivisibile, non lo è però in modo assoluto; poichè ciascuno degli eredi è libero di liberarsi della sua obbligazione tramutandola in una somma determinata di cui dovrà solo la sua parte... Ma questo secondo argomento è anco più strano del primo: esso si fonda sopra una confusione di fatto e di dritto, che si potrebbe perdonare a tutti tranne che a giureconsulti. — Certamente la obbligazione del venditore o dei suoi rappresentanti di difendere e proteggere l'acquirente, perchè si avesse il libero possesso della cosa, non è tale (*in fatto* e materialmente) che l'acquirente potrà pretenderne sempre ed assolutamente la esecuzione diretta; avvegnachè alle volte avviene che il venditore o il suo rappresentante sia libero *in fatto* di far cessare la obbligazione di proteggere il compratore o assicurargli il possesso della cosa vendutagli, sostituendovi una obbligazione pecuniaria; quando cioè il compratore agisce necessariamente da attore contro il venditore o il suo rappresentante. Ma questa facoltà che in fatto ha il venditore, non è un dritto. Il compratore dovrà risentire le conseguenze di questa facoltà di fatto, e contentarsi di una obbligazione di danni-interessi, quando sia impossibile, per la medesima forza delle cose, ottenere la esecuzione diretta della obbligazione di proteggere ed assicurare il possesso; ma quando ciò potrà ottenersi (quando per mò d'esempio il compratore, minacciato di evizione dal venditore o dal suo rappresentante, può procedere per eccezione, invece di ricorrere all'azione), in tal caso il venditore non potrà scaricarsi della sua primitiva obbligazione, ove il compratore nol consenta, per ristorarlo dei soli danni-interessi. Non bisogna dimenticare questi principi elementari, spiegati da noi sotto gli art. 1142-1144 (1096-1098). Or se così non fosse, se la facoltà di cui trattasi, anzichè un semplice fatto, fosse un dritto per colui che è tenuto al debito di garanzia, dovrebbe necessariamente appartenere non solo ad uno degli eredi del venditore, ma anche al suo unico erede, al venditore medesimo, di guisachè ne verremmo a questo bizzarro risultamento, che un venditore

a suo grado e personalmente potrebbe togliere al compratore la cosa vendutagli, salvo a ristorarlo dei danni sofferti... Or appunto per questa possibilità di fatto, che alle volte esiste in prò del fidejussore, di trasformare la sua obbligazione in debito pecuniario (quindi divisibile), i nostri scrittori dicono che la obbligazione di garanzia sia qualche volta divisibile; ma poi, per una abberrazione affatto incredibile, mutando le veci, dicono essere divisibile, quando *non esiste* la possibilità di fatto, che produce la divisibilità (cioè nel caso di semplice eccezione); e quando questa possibilità *esiste* (cioè nel caso di azione), essi dicono che la obbligazione di garanzia sia indivisibile! Per vero non ci voleva che una mente grande e profonda, come quella di Dumoulin, per incorrere in così grave errore! — Il terzo ed ultimo argomento è fondato su di un controsenso e sopra una petizione di principio. Si fa distinzione tra l' obbligazione di proteggere e difendere e quella di *far godere*, per dire che la prima sia subordinata alla seconda, e che quindi, ove l'erede da canto suo adempia quest'ultima, egli è per ciò stesso liberato dell'altra. E in prima rispondiamo che la obbligazione è una, indicata con parole diverse: far godere pacificamente, assicurare e mantenere il pacifico possesso e godimento, proteggere e difendere il possesso, sono tante parole che indicano una medesima idea. Se così non fosse, l' obbligazione di garantire sarebbe triplice: 1° far godere, 2° difendere; 3° pagare i danni interessi; or secondo la contraria dottrina la obbligazione di garanzia presenta due oggetti: il pacifico possesso, e in mancanza i danni-interessi. Ciò posto, questo terzo argomento non giunge nè toglie ai due primi, ma con essi si confonde; poichè la quistione se sia o pur no sufficiente che lo erede faccia godere in parte il compratore, rientra nell' altra se sia o pur no sufficiente di proteggere e difendere in parte il possesso dell'acquirente.

Conchiudiamo adunque, la obbligazione di garanzia *è indivisibile nel suo primo aspetto*, come a ragione dice Troplong, cioè in se stessa, e quando non può degenerare in semplici danni-interessi, nel qual caso sarebbe divisibile. Se dunque il compratore, molestato da un terzo, sia costretto ad invocare la garanzia per via di azione, esso godrà degli effetti di un'azione divisibile; ma quando, essendo stato appunto molestato da chi è tenuto in faccia a lui a garantirlo, egli può agire per semplice eccezione, facendo dichiarare inammissibile l'azione del suo avversario (nel qual caso la obbligazione di garanzia non può degenerare in debito di danni interessi), l'obbligazione resterà indivisibile, e la eccezione potrà opporsi per l' intero a ciascuno erede, come ha deciso la giurisprudenza (1).

1630 (1376). — Quando siasi promessa la garentia o nulla siasi stipulato su tale oggetto, se il compratore ha sofferto l'evizione, ha diritto di domandare dal venditore.

1° la restituzione del prezzo;

2° quella dei frutti, quando sia obbligato di restituirli al proprietario che ha rivendicato la cosa;

3° le spese fatte in conseguenza della denunzia della lite al suo autore e quelle fatte dall'attore principale; e finalmente i danni ed interessi, come pur le spese legittime del contratto.

1631 (1467). — Quando nell'epoca dell'evizione la cosa venduta si trova diminuita di valore, o notabilmente deteriorata, sia per negligenza del compratore, sia per l'accidente di una forza irresistibile, il venditore è egualmente tenuto a restituire l' intero prezzo.

(1) Caen, 8 dic. 1808; Rig., 19 febb. 1811; Pau, 25 agosto 1813; Rig., 5 genn. 1815; Bordeaux, 1 marzo 1826; Poitiers, 5 giugno 1828; Rig., 11 agosto 1830; Bordeaux, 8 dic. 1831; Nancy, 2 maggio 1833; Bourbon, 4 agosto 1837; Rouen, 22 maggio 1839; Rig., 14 genn. 1840 (J. P., 1839, t. II, p. 568, e alle date indicate; Dev., 40, 1, 569).

cui non produce alcuno effetto, lo niegano poi, senza darne alcuna buona ragione, e con una contraddizione affatto nuova, nel solo caso in cui è efficace. I nostri avversari caldamente han detto che il debito di garanzia è indivisibile; essi credono *stupida* l'opinione contraria, e sostengono che qualunque argomento con cui si volesse combattere questa idea non potrebbe essere *che un paradosso*; il principio della indivisibilità del debito della garanzia, essi dicono, dovrà sempre proclamarsi, anche quando non serva a nessuno scopo, cioè quando l'acquirente procede per via di azione; or questi medesimi scrittori sconoscono il principio appunto quando diventa utile e produce le sue conseguenze, perchè l'acquirente procede per via di eccezione.

Nè sono meno strani i motivi su cui si vorrebbe fondare siffatto risultamento. — Essi incominciano dal dire che siccome la obbligazione *di consegnare* è divisibile, il venditore, ove muoja prima di aver fatto la consegna della cosa, trasmetterà ai suoi eredi un'obbligazione divisibile, a cui ciascuno sarà obbligato di adempire per la sua parte; or la condizione degli eredi, essi dicono, non dovrà aggravarsi per ciò solo che il venditore abbia consegnato la cosa prima di morire!... Noi non sappiamo persuaderci che scrittori di tanta voglia abbiano potuto cadere in siffatta confusione d'idee. Ma come disconoscere che l'obbligazione di consegnare non è la medesima cosa dell'obbligazione di garentire, e che la consegna muta la condizione delle parti, non che i loro dritti? Ma come dimenticare quel che essi stessi poche pagine prima avevano detto (Pothier, n. 105), cioè che, *quantunque l'azione per la consegna* di una cosa divisibile *sia divisibile e passa contro ciascuno degli eredi per la sua parte soltanto*, *nondimeno l'azione per la garanzia è indivisibile e può esercitarsi per lo intiero contro ciascuno degli eredi?*—Essi sieguono dicendo, che se la obbligazione del venditore di proteggere e difendere l'acquirente sia indivisibile, non lo è però in modo assoluto; poichè ciascuno degli eredi è libero di liberarsi della sua obbligazione tramutandola in una somma determinata di cui dovrà solo la sua parte... Ma questo secondo argomento è anco più strano del primo: esso si fonda sopra una confusione di fatto e di dritto, che si potrebbe perdonare a tutti tranne che a giureconsulti. — Certamente la obbligazione del venditore o dei suoi rappresentanti di difendere e proteggere l'acquirente, perchè si avesse il libero possesso della cosa, non è tale (*in fatto* e materialmente) che l'acquirente potrà pretenderne sempre ed assolutamente la esecuzione diretta; avvegnachè alle volte avviene che il venditore o il suo rappresentante sia libero *in fatto* di far cessare la obbligazione di proteggere il compratore o assicurargli il possesso della cosa venduta-gli, sostituendovi una obbligazione pecuniaria; quando cioè il compratore agisce necessariamente da attore contro il venditore o il suo rappresentante. Ma questa facoltà che in fatto ha il venditore, non è un dritto. Il compratore dovrà risentire le conseguenze di questa facoltà di fatto, e contentarsi di una obbligazione di danni-interessi, quando sia impossibile, per la medesima forza delle cose, ottenere la esecuzione diretta della obbligazione di proteggere ed assicurare il possesso; ma quando ciò potrà ottenersi (quando per mò d'esempio il compratore, minacciato di evizione dal venditore o dal suo rappresentante, può procedere per eccezione, invece di ricorrere all'azione), in tal caso il venditore non potrà scaricarsi della sua primitiva obbligazione, ove il compratore nol consenta, per ristorarlo dei soli danni-interessi. Non bisogna dimenticare questi principi elementari, spiegati da noi sotto gli art. 1142-1144 (1096-1098). Or se così non fosse, se la facoltà di cui trattasi, anzichè un semplice fatto, fosse un dritto per colui che è tenuto al debito di garanzia, dovrebbe necessariamente appartenere non solo ad uno degli eredi del venditore, ma anche al suo unico erede, al venditore medesimo, di guisachè ne verremmo a questo bizzarro risultamento, che un venditore

suo grado e personalmente potrebbe togliere al compratore la cosa vendutagli, salvo a ristorarlo dei danni sofferti... Or appunto per questa possibilità di fatto, che alle volte esiste in prò del fidejussore, di trasformare la sua obbligazione in debito pecuniario (quindi divisibile), i nostri scrittori dicono che la obbligazione di garanzia sia qualche volta divisibile; ma poi, per una abberrazione affatto incredibile, mutando le veci, dicono essere divisibile, quando *non esiste* la possibilità di fatto, che produce la divisibilità (cioè nel caso di semplice eccezione); e quando questa possibilità *esiste* (cioè nel caso di azione), essi dicono che la obbligazione di garanzia sia indivisibile! Per vero non ci voleva che una mente grande e profonda, come quella di Dumoulin, per incorrere in così grave errore! — Il terzo ed ultimo argomento è fondato su di un controsenso e sopra una petizione di principio. Si fa distinzione tra l' obbligazione di proteggere e difendere e quella di *far godere*, per dire che la prima sia subordinata alla seconda, e che quindi, ove l'erede da canto suo adempia quest'ultima, egli è per ciò stesso liberato dell'altra. E in prima rispondiamo che la obbligazione è una, indicata con parole diverse: far godere pacificamente, assicurare e mantenere il pacifico possesso e godimento, proteggere e difendere il possesso, sono tante parole che indicano una medesima idea. Se così non fosse, l' obbligazione di garantire sarebbe triplice: 1° far godere, 2° difendere; 3° pagare i danni interessi; or secondo la contraria dottrina la obbligazione di garanzia presenta due oggetti: il pacifico possesso, e in mancanza i danni-interessi. Ciò posto, questo terzo argomento non giunge nè toglie ai due primi, ma con essi si confonde; poichè la quistione se sia o pur no sufficiente che lo erede faccia godere in parte il compratore, rientra nell' altra se sia o pur no sufficiente di proteggere e difendere in parte il possesso dell'acquirente.

Conchiudiamo adunque, la obbligazione di garanzia *è indivisibile nel suo primo aspetto*, come a ragione dice Troplong, cioè in se stessa, e quando non può degenerare in semplici danni-interessi, nel qual caso sarebbe divisibile. Se dunque il compratore, molestato da un terzo, sia costretto ad invocare la garanzia per via di azione, esso godrà degli effetti di un'azione divisibile; ma quando, essendo stato appunto molestato da chi è tenuto in faccia a lui a garantirlo, egli può agire per semplice eccezione, facendo dichiarare inammissibile l'azione del suo avversario (nel qual caso la obbligazione di garanzia non può degenerare in debito di danni interessi), l'obbligazione resterà indivisibile, e la eccezione potrà opporsi per l' intero a ciascuno erede, come ha deciso la giurisprudenza (1).

1630 (1376). — Quando siasi promessa la garentia o nulla siasi stipulato su tale oggetto, se il compratore ha sofferto l'evizione, ha diritto di domandare dal venditore.

1° la restituzione del prezzo;

2° quella dei frutti, quando sia obbligato di restituirli al proprietario che ha rivendicato la cosa;

3° le spese fatte in conseguenza della denunzia della lite al suo autore e quelle fatte dall'attore principale; e finalmente i danni ed interessi, come pur le spese legittime del contratto.

1631 (1467). — Quando nell'epoca dell'evizione la cosa venduta si trova diminuita di valore, o notabilmente deteriorata, sia per negligenza del compratore, sia per l'accidente di una forza irresistibile, il venditore è egualmente tenuto a restituire l' intero prezzo.

(1) Caen, 8 dic. 1808; Rig., 19 febb. 1811; Pau, 25 agosto 1813; Rig., 5 genn. 1815; Bordeaux, 1 marzo 1826; Poitiers, 5 giugno 1828; Rig., 11 agosto 1830; Bordeaux, 8 dic. 1831; Nancy, 2 maggio 1833; Bourbon, 4 agosto 1837; Rouen, 22 maggio 1839; Rig., 14 genn. 1840 (J. P., 1839, t. II, p. 568, e alle date indicate; Dev., 40, 1, 569).

1632 (1478). — Se però il compratore ha ricavato utile da deterioramenti che ha fatti, il venditore ha diritto di ritenere sul prezzo una somma corrispondente a tal utile.

1633 (1479). — Se la cosa venduta si trovasse aumentata di prezzo nel tempo dell'evizione, anche indipendentemente dal fatto del compratore, il venditore è tenuto a pagargli ciò che vale più del prezzo della vendita.*

1634 (1480). — Il venditore è tenuto a rimborsare il compratore, o farlo rimborsare da chi ha rivendicato il fondo di tutte le ripetizioni o miglioramenti utili che vi abbia fatti.

1635 (1481). — Se il venditore ha venduto con mala fede il fondo di un altro, sarà tenuto a rimborsare al compratore tutte le spese, anche voluttuose o di delizia, che costui avesse fatto sul fondo.

SOMMARIO

I. Il venditore deve all'acquirente evitto 1. il prezzo della vendita, e 2. i danni-interessi. Doppio significato di quest'ultima parola. Essa non riguarda il prezzo della vendita.

II. Il prezzo deve restituirsi sempre per intero, se pure per trascuratezza del compratore la cosa sia scemata di valore, o in parte perita. Quid *se il valore fosse scemato da un canto e dall'altro cresciuto?*

III. Il compratore non potrà mai, quand'anche si rivolgesse ad un venditore precedente al suo, e che avea venduto ad un prezzo maggiore, ripetere un prezzo diverso di quel che egli stesso ha pagato. Molto meno potrebbe richiedere vari prezzi di vendita: inesattezza e contraddizione di Troplong. — Quali somme potrà scemare il venditore dal prezzo di vendita.

IV. Il prezzo dovrà restituirsi per intero nel caso di evizione totale; or la evizione è parziale se, avvenuta dopo un certo tempo, versi su d'un usufrutto, una rendita vitalizia, ec. Sarà il medesimo per le vendite di animali: risposta a Troplong e Zachariae.

V. Dei danni-interessi. Di che si compongono. Se la cosa sia cresciuta di ingente valore e per cause estraordinarie, il venditore sarà tenuto all'indennità, se abbia venduto di mala fede: controversia.

I. — Allorquando sia evitto il compratore, e l'obbligazione di garanzia del venditore non sia affatto modificata, questi dovrà restituire il prezzo della vendita, e pagare i danni-interessi. — Per danni-interessi si intendono, secondo i casi: 1° il valore dei frutti che l'acquirente sia obbligato di restituire al proprietario, 2° le spese fatte per la domanda principale, e per quella di garanzia, 3° le spese del contratto, e le altre spese accessorie, come la liberazione delle ipoteche, 4° infine, tutto ciò che addippiù potrebbe essere necessario a rendere indenne del tutto il compratore, e del danno sofferto dalla evizione, o del guadagno perduto.

L'art. 1630 (1476) chiama quest'ultimi danni-interessi, dando a ciascun degli altri la sua speciale denominazione; ma anche questi formano dei danni-interessi, poichè son dovuti per ristorare il compratore da un danno sofferto. Non così pel prezzo di vendita a cui non potrebbe darsi la medesima denominazione di danni-interessi. Gli è vero che molti antichi scrittori, e più a noi vicini Caillet e Domat, dicono che il prezzo di vendita costituisce anche dei danni-interessi; una decisione di Colmar (7 aprile 1821) ha riprodotto questa idea per condannare un venditore, *con arresto di persona*, a restituire il prezzo della vendita (art. 126 (220) C. pr.); ma Du-

* Venduto un fondo ereditario da taluni coeredi, se viene evitto, la indennizzazione che compete al compratore per la plusvalenza che si verifica all'epoca della evizione, non può richiedersi anche contra a' coeredi non venditori. C. S. di Napoli, 24 luglio 1851.

moulin, e dopo lui Pothier, aveano già severamente respinto siffatta idea, abbandonata oggi, ed a ragione, da tutti gli scrittori (1). Per vero il compratore non domanda il prezzo della vendita come una riparazione di un danno da lui sofferto, ma come un indebito pagamento, perchè essendo nulla la vendita, egli non doveva pagar quella somma: la sua azione non forma una domanda di danni-interessi, ma una *condictio indebiti*.

Parliamo dunque successivamente: 1° della restituzione del prezzo, di cui trattano gli articoli 1631 e 1632 (1477 e 1478), e 2° dei danni-interessi, di cui è parola negli art. 1633-1635 (1479-1481).

II. — Il venditore dovrà restituire l'intero prezzo della vendita in tutti i casi, quand'anche al tempo della evizione la cosa fosse scemata di valore, o per accidenti generali che avessero deteriorato la cosa in natura, o per avvenimenti di forza maggiore, o anche per trascuratezza del compratore. Or se il prezzo si dovesse restituire a titolo di danni-interessi, la cosa andrebbe ben altrimenti; lo acquirente non potrebbe pretendere che l'equivalente di ciò che perde; sicchè se egli avesse comprato per 25,000 fr. un immobile che ne valeva soli 18,000, egli avrebbe dritto soltanto a questi 18,000, sebbene di nulla lo si può incolpare. Ma non è così, la domanda del compratore è fondata sopra una restituzione di indebito, per cui egli ha dritto all'intiera somma indebitamente pagata, se pure per sua negligenza si fosse deteriorata la cosa; egli in realtà si credeva proprietario della cosa vendutagli, ed era quindi libero di trascurarla, senza doverne render conto a chicchessia; ma la sua negligenza non ha che fare colla somma che egli avea pagato, e che ha il dritto di ripetere perchè non dovuta. Arroge inoltre questa importante osservazione, fino ad ora da nissuno fatta, e che giustifica interamente l'articolo 1631 (1477) da qualunque rimprovero. Se il venditore, nel caso in cui l'acquirente abbia fatto deteriorare l'immobile per trascuratezza, fosse condannato sull'istanza dal proprietario (perchè ha venduto una cosa che sapeva di non appartenergli) a ristorarlo di questo danno, egli potrebbe alla sua volta rivolgersi contro il suo acquirente, in forza dell'articolo 1383 (1337), perchè gli ha cagionato un danno per la sua negligenza, e trattenere quindi il valore della somma sul prezzo che deve a lui restituire. Ma finchè il venditore non soffra nissuna condanna, se dalla negligenza del compratore non risenta alcun danno, egli dovrà restituire lo intero prezzo (articolo 1631 (1477)); il che è conforme ai principî del dritto, non meno che ai principî di equità; avvegnachè non si possa permettere che un tale tragga profitto di una parte del prezzo della vendita di una cosa non sua (2).

Per medesimezza di ragione, si dovrà anche restituire l'intero prezzo della vendita, benchè una parte della cosa fosse perita al tempo della evizione, come per esempio, se fosse stata trasportata dalla violenza delle acque una quarta od una terza parte di un podere confinante col fiume. Pothier seguiva la contraria sentenza, rigettata da Troplong (I-487 e *seg.*) dopo molte esitanze; ma l'art. 1631 (1477) è molto chiaro, e devesi necessariamente applicare anche nel caso in cui perisca una parte della cosa, perchè reggono sempre i medesimi principî, in forza dei quali esso ordina la restituzione in intero, non ostante che la cosa si trovi diminuita di valore sia per una causa qualunque, o anche per negligenza del compratore. Ma va errato Troplong nel dire che sia compreso nei medesimi termini dell'articolo anche il caso di perdita della cosa: l'articolo parla soltanto di una cosa che sussiste in intiero, ma che sia semplicemente scemata di valore; però quel caso è naturalmente compreso nel suo spirito, poichè non vi sa-

(1) Dumoulin (*De eo quod inter.*, nn. 9, 20, ec.); Pothier (*Vendita*, nn. 69, 131); Delvincourt (t. III); Duranton (XVI-277); Favard (alla parola *Venditore*, § 8 e 9); Troplong (I-503); Duvergier (I 358); Zachariae (II, p. 519, nota 19).

(2) Douai, 18 aprile 1853 (Dev., 54, 2, 11).

rebbe ragione di far godere il venditore e soffrire il compratore nel caso che la cosa si perda, come nemmeno se la cosa sia deteriorata per negligenza del compratore.

Questa ipotesi di perdita di una parte della cosa ha dato luogo ad una quistione, non trattata da Duvergier e Zachariae, e che Troplong (I-495) risolve con qualche esitazione e per motivi poco giuridici. Nel caso in cui vi fosse perdita da un canto ed incremento dall' altro, si dovrebbe o pur no ammettere il compenso? Per cagion d'esempio, cinque ettari di prato sono stati trasportati da un'alluvione, ma un incremento uguale si è formato in un altro punto; in tal caso potrà forse lo acquirente domandare da una parte l' intero prezzo, non ostante la perdita, ed in forza del nostro articolo 1631 (1477); e dall'altra parte, in forza dell'art. 1633 (1479), i danni-interessi per la evizione dei cinque ettari sofferta per cagion dell'alluvione? O si dovrà invece compensare la perdita coll' incremento, di guisa che il venditore pagherà soltanto il prezzo della vendita? La risposta ci sembra semplicissima, e i principî dell'equità, di cui Troplong tanto si preoccupa, vanno perfettamente d'accordo coi principî del dritto, cui non bada il dotto magistrato nè punto nè poco nei motivi della sua soluzione. Sarebbe inesatto dire con lui, che in cotesto caso si dia luogo a compenso; avvegnachè per questo sarebbe necessario che le modificazioni arrecate nei dritti delle parti col primo avvenimento venissero a cessare col secondo. Ma questo non avviene; il primo avvenimento, cioè la perdita dei cinque ettari, non ha affatto scemato il dritto del compratore allo intero prezzo, e la obbligazione del venditore di pagarlo; or siccome i dritti delle parti sono rimasti i medesimi, non ostante il primo avvenimento, come dire che si dovrebbe far compenso col secondo, e che questo renderebbe vana una modificazione che non esiste?... A dir vero il risultamento non può esser altro che questo; ma bisogna muovere da altri principî. Infatti, se il dritto del compratore a ripetere l' intero prezzo della vendita non è venuto meno per la perdita dei cinque ettari, questa però ha impedito che nascesse una nuova obbligazione di danni-interessi per l'altro alluvione in forza dell'art. 1633 (1479). Secondo il quale è obbligato il venditore a pagare al compratore ciò che la cosa, al tempo della evizione, *vale più del prezzo della vendita*; or in questo caso la cosa, che erasi in prima scemata di cinque ettari, ha ripreso il suo primitivo valore per l' incremento posteriore; sicchè non essendo per nulla aumentata di prezzo, non si dovranno quindi danni-interessi.

III. — Abbiamo sopra veduto (art. 1626 (1472)-IV) che il compratore di una cosa è di pieno dritto investito di tutte le azioni e ragioni che competono all'alienante per rispetto ad essa cosa, facendo notare sul proposito le contraddittorie dottrine di Pothier e di Troplong, false l'una e l'altra: poichè il secondo parlando di un compratore, niega questa trasmissione di azioni, che professa poi parlando del donatario; mentre il primo la niega per il donatario, esagerandola in quanto al compratore, fino a dire che egli può scegliere tra i vari venditori successivi quello che ha venduto al maggior prezzo, facendosi restituire dal suo venditore questo prezzo, che forse potrebbe essere il doppio o il triplo di quel che egli, ultimo acquirente, ha pagato.

Fa meraviglia invero che Pothier, d'ordinario tanto giusto ed assennato, abbia potuto ammettere una idea così contraria insieme al dritto e alla giustizia, non che alla ragione medesima, poichè è veramente strano il dire che si possa ridomandare quel che non si è mai dato.

Certo, ognuno che acquista riceve la cosa *cum omni sua causa*, con tutte le azioni competenti al suo venditore, massime l'azione di garanzia che questi aveva contro il venditore precedente; però egli acquista quest'azione per la somma pagata da lui, non già per quella maggiore che il suo venditore ha potuto pagare. Se si deve riconoscere, secondo i principî, che in una vendita le parti hanno inteso necessariamente che il venditore, obbligan-

osi personalmente a garantire l'acquirente, ede, come accessorio naturale della sua bbligazione, l'azione di garanzia che egli veva contro il suo primo venditore, è anhe manifesto secondo i medesimi principî he la cessione non potrà estendersi oltre l prezzo della nuova vendita, per questa emplicissima ragione. che non si può mai upporre che il compratore voglia farsi garantire di ciò che non ha pagato (1). —)el resto è chiaro che l'ultimo acquirente otrebbe agire contro un venditore precedente per l'intero prezzo che questi avesse icevuto, sebbene maggiore, quando ciò ia a titolo di danni-interessi. Per esemio, io ho comprato 80,000 fr. un podere he vale 100,000 al tempo della evizione, che era stato venduto 100,000 al mio enditore : in questo caso io ho dritto a ipetere non solo gli 80,000 fr., secondo 'art. 1631 (1477), ma anche l'indennità er la plusvalenza, secondo l'articolo 1633 1479), cioè la somma intiera di 100,000 r.; or siccome ciascun venditore è tenuto rimborsare gli acquirenti successivi, e lel prezzo della vendita, e dei danni-ineressi per la plusvalenza, io potrò dunque ripetere da lui gli interi 100,000 r. Per altro sarebbe il medesimo se io gissi contro il mio venditore, il quale si ivolgerebbe contro il venditore precedente: nfatti il mio venditore sarebbe tenuto a pagarmi gli 80,000 fr. del prezzo della venlita, e più 20,000 fr. di danni-interessi; gli poi ripeterebbe dal suo venditore i 100,000 fr. che questi gli deve, o come rezzo della vendita consentita per 100, nila fr., o per ristorarlo del danno cagioatogli dalla evizione, e per cui ha dovuto agarmi la medesima somma. E se pure l secondo venditore avesse comprato per 0,000 fr., egli potrebbe pretendere sempre 100,000, che mi ha dovuto pagare per agion della evizione; e se per l'incontro gli mi pagasse soli 80,000 (perchè il fondo on ha cresciuto di valore), avrebbe semre dritto a domandare 100,000 fr., se anto l'avesse comprato.

Inoltre è anche manifesto, checchè Troplong (I-497) ne dica in contrario, che se l'acquirente evitto ottiene da uno dei venditori successivi quello a cui ha dritto, egli non potrà più nulla domandare dagli altri venditori.

Il dotto magistrato, affin di combattere la trasmissione delle azioni di garenzia, pretende che ove quella abbia luogo, l'ultimo acquirente potrebbe pretendere tanti prezzi di vendita per quanti sono stati i venditori. — Un tale risultamento sarebbe certamente assurdo, ma non lo è meno il dire che sia una conseguenza della trasmissione delle azioni ; ciò doveva essere ritenuto da Troplong, il quale ammette che l'azione di garanzia si trasmetta con una espressa cessione, avvegnachè sia ugualmente assurdo che un medesimo acquirente possa ripetere parecchi prezzi di vendita tanto se la cessione fu espressa che se implicitamente contenuta in qualunque alienazione.

Per altro abbiamo veduto che lo stesso Troplong, senza pure accorgersi della contraddizione in cui cade, pruova chiaramente in un altro luogo (n. 429) la esistenza di questa cessione implicita. A dir vero, questa cessione, tacita o espressa, non dà mai il dritto di ottenere parecchi prezzi di vendita, poichè essa mira soltanto ad assicurare al compratore, in caso di evizione, il ricuperamento di ciò che gli sarebbe dovuto : nè si deve altro che un prezzo per ogni vendita.

Adunque il compratore evitto ha dritto ad un solo prezzo, purchè intero. Per conseguenza il venditore sarà tenuto a restituire non solo il prezzo principale, ma inoltre tutte le somme accessorie, tutte le mancie od altro che fosse stato pagato addippiù, perchè formano una parte del prezzo dello acquirente. Viceversa, il venditore avrebbe dritto a trattenersi, sia le somme che nello intervallo dalla vendita all'evizione avesse restituito al compratore, per manco nell'estensione indicata o per qualunque altra causa, sia l'indennità che il compratore avesse ricevuto dal proprieta-

(1) Bourges, 5 aprile 1821 ; Rig., 5 febb. 1845 (Dev., 45, 1, 420).

rio che gli ha ritolto l'immobile, per causa dei miglioramenti fatti da lui venditore sovra esso immobile, sia i vantaggi ricavati dallo acquirente in danno dello immobile, vendendo per esempio edificî od alberi di alto fusto: infatti in tutti questi casi il compratore ha già ricevuto una parte del suo prezzo, nè può pretendere altro che il rimanente, onde aver compito l intero prezzo.

IV. — L'acquirente evitto, diciamo, ha diritto allo intero prezzo : questa regola però si applica quando egli sia stato spossessato dello intero immobile, non già quando gliene rimanga una parte , nel qual caso si dovranno applicare gli art. 1636, 1637 (1482, 1483). Or se la cosa venduta consistesse in una serie di godimenti o prestazioni, come un usufrutto, una rendita vitalizia , un fitto, l'evizione sarà parziale quando succeda qualche tempo dopo la vendita. Infatti in questo caso il compratore si è realmente appropriato una parte della cosa : se per esempio egli esercitasse per soli dieci anni il dritto di usufrutto che dovea durare per venti, l'evizione lo priverebbe di una sola metà della cosa.

Rigorosamente parlando, l'usufrutto e la rendita vitalizia non sono beni materiali che si compongono dei godimenti o frutti presi insieme ; bensì beni incorporali , un dritto che produce soli frutti, inguisachè l'usufrutto o la rendita, che siano durati una metà o tre quarti del tempo, resteranno sempre gli stessi, e interi come lo erano in principio (art. 588 (519)). Ma se è così in puro dritto , gli è pur vero che in fatto si intende comprare e vendere venti anni di godimento , e sarebbe grandemente iniquo e contrario alle idee fondamentali della nostra materia obbligare il venditore a restituire al compratore lo intero prezzo, quando egli fosse stato evitto di una sola metà o di un quarto. Il legislatore ha pensato appunto a ciò che avviene in fatto, a questi principî di somma equità; nè si può dubitare che in questo caso l'evizione sia parziale.

Ciò infatti riconoscono tutti gli scrittori ; ma non si è di accordo se la medesima regola debba o no applicarsi alle vendite di animali. Duvergier (I-362) , seguendo l'opinione di Pothier e Dumoulin, risponde del sì , avuto riguardo alla natura degli animali, i quali essendo di una corta esistenza , non promettono altro al compratore che alquanti anni di servizi , di cui in parte ha goduto... All' opposto , Troplong (I-494) e Zachariae (II, p. 519) dicono non potersi in dritto accettare codesta soluzione ; in questo senso si potrebbe sostenere essere impossibile in dritto e in fatto dire che quella sia una evizione parziale. Si direbbe : per quanto vecchio e faticato, il mio cavallo comprato pochi anni addietro è sempre il medesimo cavallo e non una parte di esso ; io godo ancora della intera cosa comprata e non di una parte di essa. Ma esso è deteriorato: ebbene, l'articolo 1631 (1477) dice formalmente che , quando nel tempo della evizione la cosa venduta sia notabilmente deteriorata, il venditore è ugualmente tenuto a restituire l'intero prezzo... Ciononostante noi crediamo più equa la prima opinione. Allorquando io compro un cavallo, non intendo certamente possederlo per sempre, come avviene nella compra di un podere : in ricambio del mio danaro , io non intendo avere il cavallo in se stesso, ma i *servigî* che esso mi dovrà rendere per quindici o venti anni ; sicchè è sommamente giusto il dire che sia parziale la evizione. quando io ho ricavato già una metà di servigî. Non è egli vero forse , che un cavallo, giunto a ventotto o trent'anni, diventi una bestia inutile a qualunque sorta di fatica e che non guadagni nemmeno il bisognevole pel suo nutrimento? Che ci perde altro il compratore, allorchè se lo veda ritolto, se non il valore della pelle? E non è egli manifesto che in tal caso l'evizione versa sopra una piccolissima porzione della cosa comprata ?

V. — Veniamo ora a parlare dei danni-interessi. Sebbene il Codice usi questa parola in un senso speciale e ristretto, pure, come sopra abbiam detto, essa abbraccia tutte le cose che devonsi restituire oltre al prezzo della vendita.

Il venditore è tenuto in faccia al compratore a titolo di danni-interessi : 1° delle spese del contratto e delle altre accesso-

ie; 2° del valore dei frutti che il compratore ha dovuto restituire al proprietario, quelli soli cioè che ha percepito dopo aver avuto conoscenza del vizio del suo contratto, poichè fino a quel punto egli li faceva suoi come possessore di buona fede; 3° delle spese della domanda principale e di quella in garanzia: però se il compratore non avesse chiamato in causa il suo venditore, questi non dovrebbe pagare le spese della domanda principale (tranne quelle della prima citazione che saranno sempre dovute) se per altro non siano tornate utili al suo sistema di difesa.

Se il compratore, con queste varie restituzioni, sia del tutto rimasto indenne, egli non potrà altro pretendere; in caso contrario, egli avrà inoltre dritto ad avere restituito ciò che il Codice chiama espressamente danni-interessi. Ciò sono: 1° le spese straordinarie; 2° la differenza in più del valore della cosa venduta al tempo dell'evizione, messo in raffronto col prezzo della vendita.

Le spese, bisogna che si distinguano: necessarie, utili o meramente voluttuose. — Le prime si dovranno sempre, quantunque la cosa non sia cresciuta di valore, perchè il compratore è stato costretto a farle. Per quelle utili, ma non necessarie, il venditore dovrà rimborsare soltanto il valore della plusvalenza che ne deriva, poichè da un canto il compratore perde appunto questa plusvalenza per cagion della evizione, non già le somme impiegate (le quali rimasero assorbite fin dal principio), e d'altro canto egli non era obbligato a far tali spese. Per quelle voluttuose infine, non si dà luogo a compenso, se non quando il venditore, al tempo del contratto, abbia avuto conoscenza della causa della evizione (articolo 1634-1635 (1480-1481)).

È quistione controversa e delicata se sia dovuta la differenza tra il prezzo di vendita e il valore maggiore che può avere il fondo al tempo dell'evizione, ove fosse grandissimo e derivasse, fuori d'ogni prevedimento, da fatti eccezionali, come l'apertura di un canale, lo stabilimento di una città, ec. Duvergier (I-369), seguendo Dumoulin e Pothier, risponde del no, applicando l'articolo 1150 (1104) secondo il quale, tranne vi sia mala fede, il debitore è tenuto ai danni-interessi che si son potuti prevedere; Toullier (VI-285), Duranton (XVI-295), e Zachariae dicono del sì, avvegnachè, pensano essi, la disposizione speciale dell'art. 1633 (1479) non sia soggetta al principio generale dell'art. 1150 (1104); Troplong (I-507) sta in fra le due dottrine, trovando la seconda più conforme al testo e la prima all'equità. Noi crediamo doversi seguire la prima pei seguenti tre motivi. 1° Perchè è più conforme all'equità: 2° perchè le eccezioni ai principî generali devono essere formalmente scritte nella legge, nè si è fatto derogamento al principio dell'articolo 1150 (1104) dall'articolo 1633 (1479) che può e deve intendersi naturalmente *de eo quod plerumque fit*, e non dei casi straordinarî ed eccezionali di cui è discorso; 3° perchè l'articolo 1639 (1485) impone di tornare ai principî generali, avendo probabilmente i compilatori del Codice seguito la dottrina di Dumoulin e Pothier. Per tanto noi diciamo che in simigliante caso sarebbe dovuto l'intero maggior valore, se il venditore fosse stato di mala fede.

1636 (1482). — Se il comprato ha sofferto l'evizione per una parte soltanto della cosa, e questa parte sia di tale importanza, relativamente al tutto, che l'aquirente non avrebbe comprato senza di essa, potrà far rescindere la vendita.

1637 (1483). — Se nel caso di evizione di una parte del fondo venduto non siasi rescissa la vendita, il valore della parte evitta sarà dal venditore rimborsato al compratore, secondo la stima che avrà nell'epoca, e non a proporzione del prezzo totale della vendita, o che sia aumentata, o che sia diminuita di valore la cosa venduta.*

* Il venditore è tenuto di garantia per la parte evitta, secondo il prezzo al tempo della patita evi-

I. — Se il compratore ha sofferto l'evizione di una parte del fondo venduto, bisogna conoscere se questa parte sia o no tale che senza di essa il compratore non avrebbe comprato. Provandosi ch'egli avrebbe sempre comprato, il contratto rimane fermo, e il compratore non potendo domandare tutto od una parte del suo prezzo di vendita, ha dritto soltanto (oltre ai danni-interessi) ad un ristoro che rappresenti il valore presente della parte di cui ha sofferto evizione. Provandosi all'incontro che senza quella parte che gli è stata tolta, il compratore non avrebbe comprato, egli può domandare a sua scelta questo medesimo ristoro, ovvero lo scioglimento del contratto, facendosi restituire il suo prezzo di vendita e tutti gli altri danni-interessi, e restituendo a sua volta ciò che della cosa presso di lui rimane.

Parecchi scrittori hanno vivamente censurato, che secondo questa disposizione non essendovi scioglimento, la somma da pagarsi debba calcolarsi sul valore presente e non sul prezzo della vendita.

Delvincourt (t. III) e Duranton (XVI-300) affin di restringere per quanto si può una regola, la quale per essi non è niente logica, pretendendo ch'ella non debba applicarsi quando avvenga la evizione di una parte indivisa; e Troplong (I-517), tuttochè riconosca doversi applicare a tutte le ipotesi di una evizione di parte, crede che sia stato una inavvertenza del legislatore. Noi non seguiremo nè l'una nè l'altra idea. I termini generali che usa la legge non consentono si faccia alcuna distinzione. Avvenendo la evizione di una parte del fondo, il contratto sussiste; per cui non si può trattare di restituzione di prezzo, ma solo di danni-interessi, di ristoro del danno sofferto dal compratore, al quale vien tolto il valore presente della parte in cui è avvenuta l'evizione.

1638 (1484). — Se il fondo venduto si trovi gravato di servitù non apparenti senza che se ne sia fatta dichiarazione, e queste siano di tale importanza da far presumere che se il compratore ne fosse stato avvertito, non lo avrebbe comperato, può egli domandare lo scioglimento del contratto, quando non prescelga di contentarsi piuttosto di una indennità.

I. — Regge qui la medesima regola del caso precedente, perchè l'esercizio di una servitù passiva costituisce una parziale evizione della cosa. Si parla di servitù non apparenti; avvegnachè per le apparenti il compratore debba imputare a se stesso di non aver bene esaminato l' immobile che acquistava (1).

Cotesta regola può essere modificata con una speciale convenzione. Il compratore per una maggior sicurezza, può stipulare la garantia di servitù anche apparenti, e viceversa il venditore può stipulare di non essere tenuto a garanzia nemmeno per le servitù occulte. È quistione d'intenzione che sarà decisa secondo le circostanze, se da queste o quelle espressioni possa inferirsi di essere disobbligato da ogni garanzia; ma certo sarebbero a ciò inefficaci le frasi di uso che si suole inserire in ogni contratto, cioè che l'immobile si è comprato *tal quale si trova*, ovvero *con tutti i suoi pesi*, o con *tutte le servitù attive e passive*, ovvero *nello stato in cui è*, e che *il compratore ha dichiarato di conoscere*. Frasi di uso che per se non significano niente, nè potrebbero liberare il venditore dalla garanzia di servitù occulte; il compratore che dichiara conoscere l'immobile, non può aver preso conoscenza delle servitù occulte (2).

Si applicherebbe parimente la regola del

zione, e non già secondo il ragguaglio del prezzo pagato. C. S. di Napoli, 27 marzo 1852.

(1) Parigi, 2 agosto 1853 (Dev., 54, 2, 138).

(2) *Vedi* Rigetto, 17 genn. 1842 (Dev., 42, 1, 559); Bourges, 7 marzo 1853 (J. P., 53, 2, 92). — Ma se le indicazioni sono tali che il compratore abbia potuto conoscere l'estensione e la condizione della servitù, non è più da applicarsi l'art. 1638 (1484); i tribunali giudicano di arbitrio, e non possono essere censurati dalla Corte suprema. Cass. 23 giugno 1851 e 2 febbr. 1852. (Dev., 51, 1, 728; 53, 1, 191).

nostro articolo, sebbene fuori dei suoi termini, se qualche servitù attiva si fosse promessa, e il compratore non potesse ottenerla o conservarla.

1639 (1485). — Le altre quistioni che possono nascere sul risarcimento de' danni ed interessi recati al compratore coll'inadempimento della vendita, debbono essere decise, secondo le regole generali stabilite nel titolo dei contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

I.—Abbiamo fatto notare che le regole qui stabilite debbono aver compimento coi principî generali del titolo *delle Obbligazioni*.

1640 (1486). — La garentia per causa di evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza pronunziata in ultima istanza, o di cui non si possa più ammettere l'appellazione, senza chiamare in giudizio il venditore, se questi prova che vi erano sufficienti motivi per far rigettare la domanda.

I. — Questa regola, che è semplicissima. è stata accennata sotto l'art. 1624 (1470), n. VI. Quando il compratore che soffre la molestia non chiama il suo venditore, e questi prova che avrebbe potuto impedirla, se ne fosse stato avvertito; il compratore in questo come negli altri casi in cui la molestia deriverebbe da sua colpa, nulla potrebbe pretendere dal venditore.

§ 2.—*Della garanzia pei vizî occulti della cosa venduta.*

1641 (1487). — Il venditore è tenuto a garantire la cosa venduta da' vizî occulti che la rendono non atta all'uso cui è destinata, o che diminuiscono talmente questo uso, che se il compratore gli avesse conosciuti, o non l'avrebbe comperata, o avrebbe offerto un prezzo minore.

1642 (1488). — Il venditore non è tenuto pei vizî apparenti che il compratore avrebbe potuto de sè stesso conoscere.

1643 (1489). — È tenuto pei vizî occulti, quando anche non gli fossero noti; eccettochè se avesse stipulato di non essere in tal caso tenuto ad alcuna garantia.

1644 (1490). — Il compratore ne' casi contenuti negli art. 1641, 1643 (1487, 1489) ha la scelta di restituire la cosa e farsi rendere il prezzo, o di ritenerla e di farsi rendere una parte del prezzo, a giudizio de' periti.

1645 (1491). — Se il venditore conosceva i vizî della cosa venduta, è tenuto, oltre alla restituzione del prezzo ricevuto, a tutti i danni ed interessi verso il compratore.*

1646 (1492). — Se il venditore ignorava i vizî della cosa, non sarà tenuto, se non alla restituzione del prezzo, ed a rimborsare al compratore le spese fatte per occasione della vendita.**

1647 (1493). — Se la cosa difettosa è perita in conseguenza della sua cattiva qualità, la perdita va a carico del venditore, il quale è tenuto verso il compratore alla

* Se siasi chiesta in un primo atto la diminuzione del prezzo per difetto nella cosa comprata, si può sussecutivamente dimandare la risoluzione del contratto per la stessa causa. C. S. di Napoli, dic. 1829.

** Il venditore che aliena un diritto, ignorandone il vizio, non è soggetto a danni-interessi, quantunque li abbia stipulati per ogni caso di eccezione. La buona fede basta che siasi avuta quando si fece il contratto; nè può riputarsi in mala fede la vendita, appena che il venditore sia citato pel vizio scoverto. C. S. di Napoli, 21 marzo 1846.

restituzione del prezzo ed alle altre indennità spiegate nei due articoli precedenti.

Ma la perdita avvenuta per caso fortuito è a carico del compratore.

1648 (1494). — L'azione redibitoria che risulta da' vizî della cosa, dee proporsi dal compratore fra un breve termine, secondo la qualità dei vizî e la consuetudine del luogo dove è stata fatta la vendita.*

1649 (1495 M). — L'azione redibitoria non ha luogo nelle vendite giudiziali.**

SOMMARIO.

I. Quali sono i vizî redibitori. La garanzia sarà dovuta in qualunque vendita, mobiliare o immobiliare, tranne in quelle giudiziali.

II. Termine stabilito dalla legge del 20 maggio 1838 per le vendite di animali domestici. Analisi di questa legge. — Effetti nella garanzia secondo le sue disposizioni messe in raffronto con quelle del Codice.

III. La garanzia cessa in cinque casi, specialmente quando la cosa difettosa perì per colpa del compratore: errore di Troplong. — Il compratore deve provare che il vizio esistiva al tempo della vendita, o, che la perdita della cosa, sia avvenuta per cagion di quel vizio.

I. — Quando la cosa venduta è inviziata al tempo della vendita da difetti occulti e ignorati dal compratore, per cui non è più adatta all'uso a cui è destinata, ovvero ne è diminuito notevolmente l'uso, dicesi esservi vizio *redibitorio*, perchè il compratore può fare sciogliere la vendita (1).

È necessario che i vizî sieno insieme occulti e non noti al compratore. Se fossero apparenti, in modo che il compratore abbia potuto vederli esaminando ciò che comprava, non si sarebbe tenuto a garanzia, ed è erronea la contraria sentenza di Duranton, (XVI-610) il quale si fonda sull'art. 1642 (1488), poichè quest' articolo appunto nega la garanzia pei vizî che il compratore ha potuto conoscere. Non sarebbe il medesimo, se si trattasse di mercanzie che non si è soliti di verificare presso i trafficanti: per gli usi costanti del commercio si deve allora riguardare il trafficante, siccome fu giudicato dalla Corte di Rouen e non ostante la contraria decisione della Corte di Bordeaux, come tacito garante che la cosa sia in buono stato, e quale di ordinario si vende (2); ma per tutte le altre cose, e tranne non vi sia una convenzione implicita di più severa garanzia, il compratore deve aver potuto cogli occhi vedere i difetti. Bisogna anche che a lui non fossero altramenti noti, avvegnachè egli non potrebbe dolersene se avesse conosciuto lo stato della cosa, sebbene occulti i suoi vizî (3). Non importa se il venditore abbia o no conosciuto i vizî, essendo tenuto alla garanzia sì nell'uno che nell'altro caso; se non che per la sua ignoranza egli potrebbe liberarsi con una stipulazione espressa (artic. 1643 (1489)); mentre conoscendo egli i vizî, la stipulazione sarebbe come non avvenuta (4).

La garanzia di cui è discorso, ha luogo

* La redibitoria pei vizî di un cavallo deve esser proposta fra quaranta giorni. C. S. di Napoli, 28 settembre 1833.

** Il corrispondente art. 1495 fa un'aggiunta alla disposizione del Codice francese:

« L'azione redibitoria non ha luogo nelle vendite giudiziali. Nemmeno ha luogo nelle vendite di mobili, che si fanno nelle fiere e ne' pubblici mercati; purchè non vi sia convenzione particolare ».

(1) Così vi sarà vizio redibitorio quando i frumenti venduti per semenza non hanno convenevole germoglio Rig., 22 marzo 1853 (Dev., 53, 1, 480).

(2) Pardessus (*Dritto commerciale*, I, pag. 279); Duvergier (I-391); Zachariae (II, pag. 527); Rouen, 11 dic. 1806. — *Contr.*, Bordeaux, 25 apr. 1828.

(3) *Vedi* un' applicazione in una decisione che giudica sulla vendita di un ufficio. Cass., 31 gennaro 1853 (Dall., 53, 1, 217).

(4) Troplong (n. 560), nelle sue prime edizioni avea insegnato che il venditore può *sempre* liberarsi dall'obbligo di garantire, senza badare che l'art. 1642 (1488) glielo permette solo *nel caso* in cui sconosca i vizî; ma egli si è emendato nella 3ª edizione.

per ogni specie di cose, mobili o immobili, sebbene il contrario è detto da Duranton (XVI-317) e si indichi pure nel rapporto di Faure al Tribunato; il dritto romano, la nostra antica giurisprudenza e i termini generali con cui è espresso l'articolo 1641 (1487) non lasciano alcun dubbio (1). Ma non ha luogo nelle vendite giudiziali (art. 1649 (1495)).

II. — Il Codice non avea stabilito per nessun caso entro a qual termine dovesse il compratore esercitare l'azione per vizio redibitorio, lasciando sussistere le antiche consuetudini dei luoghi ove la vendita erasi compiuta (art. 1648 (1494)). Ma la legge del 20 maggio 1838 ha stabilito per tutta la Francia un termine di nove giorni o di trenta, secondo i casi, per le vendite di animali domestici, che per lo più fan sorgere quest'azione; mentre prima per il medesimo caso il termine era di otto giorni per l'Isola di Francia, di ventiquattro ore pel Delfinato e di sei mesi per la Brettagna. Dunque deve seguirsi l'uso dei luoghi in tutte le vendite che non siano di animali domestici, e ove l'uso non fosse costante, sarà accordato dai tribunali un termine brevissimo, secondo l'articolo 1648 (1494) (2).

I soli vizî redibitorî nelle vendite di animali domestici, sono, secondo la legge del 1838 : 1° *pel cavallo, l'asino o il mulo*, la flussione periodica degli occhi, l'epilessia o mal caduco, il moccio, la scabbia, le invecchiate bolsaggini, l'immobilità, il sopraffiato, il catarro cronico, il ticchio senza logoro di denti, le ernie inguinali intermittenti, lo zoppicare intermittente per causa di vecchio male; 2° *per la specie bovina*, la tisichezza pulmonare, l'epilessia o mal caduco, gli effetti di un parto infelice, ed il rovesciamento della vagina o dell'utero dopo il parto presso il venditore; 3° infine, *per la specie pecorina*, il vaiuolo o fuoco di S. Antonio, *le sang de rate* : la prima di queste due malattie, sviluppatasi in un solo animale, dà luogo alla restituzione di tutto il gregge; la seconda ancora, se nel termine della garanzia perisse una quindicesima parte degli animali comprati, purchè in ambi i casi gli animali portino l'impronta del venditore (art. 1°).*— L'azione potrà esercitarsi in trenta giorni per la flussione e l'epilessia,

(1) Dumoulin (*De divid.*, n. 620); Domat (l. I, t. 2, S. 11, 4); Pothier (n. 207); Troplong (II-548); Duvergier (I-396); Zachariae (II, p. 528); Lione, 5 agosto 1824; Bourges, 18 nov. 1843 (Dev., 44, 2, 347); Rig., 16 nov. 1853 (Dall., 53, 1, 322).

(2) Parigi, 23 dic. 1852; Rig., 16 nov. 1853 (Dall., 53, 1, 322, e 2, 195). — Quest'ultima decisione, o piuttosto le tre decisioni profferite colla stessa data, giudicano che il termine incomincia non dal giorno della vendita, ma da quando si sono rivelati i vizî occulti, giusta l'art. 1304 (1254).— *Vedi* in senso contrario Duvergier (I-405); Troplong (II-587).

* Perchè il nostro autore, nella esposizione che ci fa della legge del 1838 intorno ai vizî redibitorî degli animali domestici, ha fatto cenno delle varie malattie in quella ricordate, abbiamo creduto opportuno darne le definizioni e indicarne i sintomi, secondo la *Epizootecnia di Carlo Knoll*.

1° La flussione periodica degli occhi (*fluxion périodique des yeux*). Questa malattia si manifesta per accessi: l'occhio diventa appannato, e manda fuori torbidi umori e lagrime, la palpebra superiore è rugata ed angolosa, la pelle delle tempia è dipelata: l'accesso dura da dodici a quindici giorni, e finisce d'ordinario colla cataratta.

2° L'epilessia (*epilepsie*). L'animale epilettico, sorpreso come da folgore, barcolla, trema, raglia; la sua bocca diviene spumante, i suoi occhi son convulsi, alla fine egli stramazza. L'accesso dura alquanti minuti; dopo di che l'animale si rialza affaticato, e come stupido; rinviene mano mano, e dopo pochi istanti ritorna calmo e sano. Secondo Knoll, sarebbe utile chiamare dei testimonî nel tempo dell'accesso, poichè ben difficilmente il veterinario può trovarsi presente.

3° Il moccio (*morve*). La parte superiore della ganascia del cavallo moccioso presenta dei gozzi duri, circoscritti e aderenti all'osso mascillare; una materia verdastra scola dalle narici, e aderisce, disseccandosi, alle pinne del naso; dei cancri esistono sul pituitario, ec.

4° La scabbia (*farcin*). Questa malattia ha molta affinità col moccio; essa si manifesta da certi tumori, in forma di pustole, che appaiono nella parte interna delle cosce, dei cubiti, sotto il ventre, e nella parte superiore, ec.

5° Le invecchiate bolsaggini o le malattie antiche di petto (*vieilles courbatures o vieilles maladies de poitrine*). Questo male si riconosce per la tosse frequente, la difficoltà del respiro e l'alterazione nei movimenti dei fianchi.

6° L'immobilità (*immobilité*). Il cavallo *immobile* porta la testa bassa o incurvata sulla mascella; egli sembra dormire, si gira difficilmente in cerchio, ed indietreggia scalpitando; mentre mangia si ferma spesso, tiene in bocca gli alimenti e non li mastica; quando gli si mette innanzi un sec-

e in nove giorni per gli altri casi, non compreso il giorno della consegna; se l'animale è stato consegnato o condotto nei termini indicati fuori il luogo del domicilio del venditore, i termini si accrescono di un giorno per cinque miriametri di distanza fra il domicilio e il luogo in cui l'animale si trovi; ma sempre dentro i nove giorni o i trenta il compratore deve con domanda presentata al giudice di pace del luogo ove l'animale si trovi, far nominare i periti per istendere il processo verbale, se no, non sarebbe più ammesso: il giudice nomina immediatamente uno o più periti che devono adempiere il loro incarico nel più breve termine (art. 3, 4, 5). Il giudizio dei periti non esime dall'esercitare l'azione entro i nove o trenta giorni, più l'aumento delle distanze; e la Corte suprema con buona ragione ha casse le contrarie decisioni (1). — La domanda può farsi senza previa la conciliazione: si istruisce e si giudica come materia sommaria (art. 6).

Negli altri casi che non prevede la legge

chio d'acqua, vi tuffa la testa fino al fondo, nè la ritrae se non forzato dal bisogno di respirare; gli si incrociano le estremità, specialmente le anteriori, e resta per qualche tempo in quella posizione.

7° Il sopraffiato (*pousse*). Questo difetto è il più comune, e il più temuto dal commercio; consiste in una irregolarità nei movimenti del fianco; la respirazione, invece di esser graduata, continua, è a riprese, e innormale. — Quando questa malattia è invecchiata, l'accompagna una tosse secca, sonora, irregolare e senza sbuffo.

8° Il catarro cronico (*cornage chronique*). Esso consiste in un certo rantolo prodotto dall'aria nel canale respiratorio. Questo vizio può produrre il soffocamento dell'animale, dopo una fatica alquanto violenta. — Però è necessario che sia cronico, per darsi luogo alla redibizione; bisogna quindi provare che il cavallo non sia affetto da alcuna malattia recente che possa spiegare questo impedimento del respiro.

9° Il ticchio senza logoro dei denti (*tic sans usure des dents*). È questa una viziosa abitudine per cui l'animale appoggia gli incisivi sulla mangiatoia, poi caccia in modo violento dalla bocca dei gaz provenienti dallo stomaco o dagli intestini. Alcuni cavalli esercitano questo vizio in aria senza appoggiare i denti: questi appunto sono affetti dal ticchio redibitorio, poichè se i denti fossero logorati, il ticchio non sarebbe redibitorio, e ciò è ben naturale: quando si compra un cavallo, gli si apre la bocca per conoscerne l'età; se egli quindi ha logori i denti, il ticchio si deve presumere.

10° Le ernie inguinali intermittenti (*hernies inguinales intermittentes*). Se l'intestino discende nelle borse e vi rimane momentaneamente, risale nell'addome e ridiscende, e così via, vi sarà ernia inguinale intermittente.

11° Lo zoppicare intermittente per cagione di vecchio male (*boiterie intermittente pour cause de vieux mal*). Dicesi che un cavallo zoppica quando uno dei quattro piedi non prolunga il suo appoggio come gli altri tre, nè fa udire la medesima battuta. La vecchiezza di questo male potrà riconoscersi, verificando se vi sia qualche lesione recente.

12° La tisichezza pulmonare (*phthisie pulmonaire ou pommelière*), è una vecchia affezione al polmone: quest'organo è coverto da tubercoli calcari grossi quanto un pomo o poco meno; questa malattia si comprova specialmente coll'autopsia. Evvi una tosse debole, frequente, irregolare; la colonna vertebrale si piega dietro del garello sotto la più lieve spinta, l'animale ha brividi di tempo in tempo, il fianco è alterato, e la vacca ricerca con avidità il toro. — Nei casi difficili, o imbarazzanti, ove le parti il consentano, si uccide l'animale onde conoscere il fatto.

13° L'epilessia o il mal caduco (*èpilepsie*). Questa malattia offre i medesimi sintomi come nel cavallo; ma con più veemenza; la salivazione è estrema, l'animale d'ordinario muggisce con furore, la lingua ingrossata esce dalla bocca, ecc. Per dirsi che vi sia epilessia, non è necessario che l'animale stramazzi.

14° Gli effetti di un parto infelice verificatosi presso il venditore (*les suites de la non-delivrance après le part chez le vendeur*). L'animale è triste ed abbattuto; manda dalla vulva materie purulente e di cattivo odore, trema, ha la febbre e non mastica più. La malattia è cagionata dagli involucri del feto, non cacciati dopo il parto. Però è necessario pruovare che la vacca abbia partorito presso il venditore.

15° Il rovesciamento della vagina o dell'utero, dopo il parto presso il venditore (*le renversement du vagin ou de l'utèrus aprés le part chez le vendeur*). La vagina o l'utero si mostra fuori della vulva, specialmente quando l'animale è sdraiato.

16° Il vaiuolo o fuoco di S. Antonio (*la clavelée*) è una malattia eruttiva, contagiosa, simile in qualche modo al vaiuolo dell'uomo, e per lo spesso mortale. Questa malattia attacca tutti gli animali dello armento in tre fiati, che si verificano ad intervalli di venticinque a trenta giorni. Da ciò si vede perchè questo male riconosciuto in un solo animale tragga seco la redibizione di tutto l'armento.

17° *Le sang de rate* è una specie di apoplessia generale, estesa a varî organi, e più specialmente alla milza. Questa malattia trae subito la morte: il vizio si comproverà coll'autopsia. Bisogna però per darsi luogo alla redibizione, che nei nove giorni dopo la vendita, la perdita ascenda ad una quindicesima parte degli animali comprati. Per esempio, voi avete comprato cento montoni; se il veterinario attesti che nei nove giorni della garanzia sette siano periti del *sang de rate*, voi potete agire contro il venditore, purchè lo armento porti la sua impronta.

(1) Cass., 23 marzo 1840; Cass., 5 magg. 1846 (Dev, 40, 1, 431; 46, 1, 431); Cass., 17 maggio 1847; 15 maggio 1854 (Dall., 47, 1, 183; 54, 1, 241).

del 1838, cioè quando non si tratta di animali domestici, il compratore, secondo il nostro articolo 1644 (1490), ha la scelta o di restituire la cosa, facendosi riconsegnare il prezzo, o tenersela facendosi restituire quella parte di prezzo che giudicheranno i periti; ma per gli animali domestici la legge del 1838 vieta l'azione per la riduzione del prezzo (indicata spesso col nome di azione *quanti minoris*), lasciando al compratore l'azione redibitoria (art. 2).

Affinchè i compratori di bestiami non si procurino alle volte con frode la restituzione di una parte del prezzo, tuttochè conservino la cosa comprata, la legge del 1838 ammette solo, o che il contratto si sciolga, o che per intero si conservi.

Essendovi scioglimento, il venditore è tenuto a restituire, oltre il prezzo di vendita, le spese che potè fare il compratore; se i vizî erano a lui noti è tenuto inoltre a tutti i danni-interessi (art. 1645-1646 (1491-1492)).

III. — Non è più responsabile il venditore (oltre ai due casi in cui si è stipulato non esser tenuto a garenzia il venditore che ignora i vizî della cosa, e in cui il compratore abbia avuto conoscenza dei vizî innanzi la vendita), quando la cosa è perita per caso fortuito, avvegnachè allora il venditore non soffra alcun danno, poichè sarebbe parimente perita una cosa sana (articolo 1647 (1493)). — È il simile, e con più ragione, se la cosa sia perita per colpa del compratore. Troplong (II-568) insegna che il compratore potrebbe avere il suo regresso di garenzia (tenendo ragione al venditore del valore che potesse avere la cosa viziosa). Ma ciò non può reggere; colui che per sua colpa ha fatto perire la cosa non merita più favore di quello presso cui è perita per caso fortuito; onde con molta ragionevolezza la sentenza di Troplong è stata respinta da tutti gli scrittori (1). Se però la cosa perisce per effetto del suo vizio, il danno è del venditore, conforme l'art. 1647 (1493). — Il venditore non è nemmeno tenuto a garenzia, se provi che l'animale per cui si esercita l'azione, è stato dopo la consegna contagiato da altri animali attaccati da moccio, scabbia o vaiuolo (L. del 1838 (art. 8)).

Abbiamo detto che il venditore resta sempre risponsabile se la cosa perisce per effetto del suo vizio. Ma fino a che non si provi il contrario, si deve ella presumere perita per il suo vizio, se vien meno nel termine della garanzia; e si deve pur presumere che il vizio esistesse al tempo della vendita, per ciò che si manifesti entro quel termine? L'art. 7 della legge del 1838 ha tronca cotesta quistione che ha dovuto sembrare delicata. Da una mano si poteva dire che non essendovi alcuna speciale disposizione, si dovesse applicare il dritto comune, secondo cui l'attore che è nel nostro caso il compratore che esercita l'azione redibitoria, deve provare la sua pretensione. D'altra mano si poteva rispondere che quando si è dato per agire un brevissimo termine, non entra più il diritto comune, e deve presupporsi, stante il breve tempo, che il legislatore abbia voluto ammettere quella presunzione. Difatti così hanno giudicato il più degli scrittori, massime Troplong (I-569) e Duvergier (I-403); ma la loro dottrina è stata condannata dalla legge del 1838. Difatti è stato stabilito un brevissimo termine per le vendite di animali domestici, e si è usato tanto rigore contro il compratore, che si è alle volte presunto esistente il vizio al tempo della vendita, e perito per effetto di esso, vietandosi la prova contraria. Or per cotali vendite deve applicarsi il dritto comune, secondo l'art. 7 della novella legge; e dove l'animale perisce entro i termini, tocca al compratore che vuole essere garantito, la pruova che la morte sia avvenuta per una delle sopraddette malattie.

(1) Delvincourt (t. III); Duranton (XVI-326); Duvergier (I-414); Zachariae (II, p. 530, nota 33).

CAPITOLO QUINTO

DELLE OBBLIGAZIONI DEL COMPRATORE.

Il compratore è tenuto a pagare il prezzo e a farsi consegnare la cosa. Il nostro capitolo tratta del primo obbligo negli articoli **1650-1656** (**1496 1502**), e del secondo nell'art. **1657** (**1503**).

1. Dell'obbligazione di pagare il prezzo.

1650 (**1496**). — La principale obbligazione del compratore è di pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati nel contratto di vendita.*

1651 (**1497**). — Se ciò non è stato determinato nel contratto, il compratore dee pagare nel luogo e nel tempo in cui dee farsi la tradizione.

1652 (**1498**). — Il compratore sino al giorno in cui sborsa il prezzo, dee pagarne l'interesse ne' tre casi seguenti :

Se ciò fu convenuto nel contratto;

Se la cosa venduta e consegnata produce frutti ed altri proventi;

Se il compratore è stato interpellato a pagare.

In quest' ultimo caso gl' interessi non corrono, se non dal giorno della intimazione.**

I. — Il prezzo della vendita deve pagarsi nel tempo e luogo stabiliti dalla convenzione ; se non vi si fossero indicati , il prezzo si pagherà, per le vendite in contanti, nel tempo e luogo in cui dovrà farsi la consegna (art. **1651** (**1497**)), e per le vendite a termine, nel domicilio del compratore, secondo il principio generale dell'articolo **1247** (**1200**) (1). Ma che diremo se il venditore che ha dritto di essere pagato in contanti, consente al compratore un termine di mera compiacenza? Toullier (VII-92) e Duvergier (I 417) opinano che sarebbe il simile come se il termine fosse di rigore; ma la contraria sentenza ci sembra più esatta; perchè il venditore che ha differito l'istante del pagamento , non ha per ciò voluto rinunziare al dritto di essere pagato sul luogo della consegna se gli torna più commodo (2).

* Per la riscossione del prezzo il venditore non solo può agire personalmente contro il compratore, ma anche realmente contro qualunque possessore. C. S di Napoli, 9 luglio 1839.

** Massime della C. S. di Napoli:

— L' aggiudicatario che ritiene il prezzo , è in obbligo di pagare a ciascuno dei creditori utilmente graduati gl'interessi *pro rata* sul prezzo ritenuto. 28 luglio 1829.

— Mancando l' aggiudicatario di depositare il prezzo nel tempo stabilito dalle condizioni di vendita , è tenuto di corrispondere gl' interessi sul prezzo di aggiudicazione, anche quando tal condizione non sia scritta nei capitoli di vendita , sino al dì dello effettivo deposito; e l' inadempimento a tal corrisponsione dà diritto a provocare la rivendita in danno, ancorchè all' aggiudicatario si fosse rilasciata la spedizione della sentenza di aggiudicazione diffinitiva, 21 giugno 1849.

— L' aggiudicatario, ancorchè non abbia il possesso del fondo, debbe pagare gl'interessi del prezzo non depositato. 12 giugno 1852.

— È contrario alla legge il patto che si apponga a' capitoli di vendita, di essere l'aggiudicatario facoltato a ritenere il prezzo sino al termine della graduazione senza corrispondere interessi. In conseguenza il tribunale è nell' obbligo di rettificare in questa parte i capitoli di vendita anche di uffizio. 14 sett. 1852.

(1-2) Rig., 14 giugno 1813; Limoges, 19 gennaro 1828. — Delvincourt (t. III) ; Duranton (XVI. 331) ; Zachariae (II, p. 533). — Quando la vendita era a termine, l'aumento di imposta che dopo la vendita e prima della consegna han sofferto le mercanzie della specie delle vendute è tutto a carico del venditore, il quale non ha il drillo di domandare o uno aumento di prezzo o lo scioglimento della convenzione. Bordeaux, 28 ag. 1852 ; Caen, 8 lug. 1852; Rouen, 18 nov. 1852. Parigi, 30 aprile 1853 (Dall., 8, 2, 105 e 126). — V. *sopra* , articolo 1586 (1431), n. II).

II. — Il prezzo di vendita è fruttifero di interessi in tre casi: 1° quando si è ciò convenuto; 2° quando la cosa venduta produce frutti; 3° quando il compratore è in mora ed è stato citato a pagare.

Gl'interessi corrono, nel primo caso, dal giorno stabilito nella convenzione, e se non si è convenuto nulla, dal giorno stesso della vendita, avvegnachè il venditore diventi allora creditore del prezzo; nel secondo caso, dal giorno della consegna, poichè da allora il compratore raccoglie i frutti che sono compensati dagli interessi; nel terzo, dal giorno della intimazione.

Il nostro antico dritto riguardava sempre come usura gl'interessi di somme determinate; d'onde parecchi scrittori, e specialmente Pothier (n. 266), furon tratti a dire che essendosi venduta una cosa fruttifera, non ne sarebbero dovuti gl'interessi, se fossero convenuti il venditore e il compratore di non pagarsi il prezzo in contanti. Ma tal soluzione non può da noi seguirsi; e a buona ragione la regola dell'articolo 1652 (1498) è assoluta per ogni vendita di cose fruttifere (1).

1653 (1499). — Se il compratore è molestato, o ha giusto motivo da temere di esser molestato per un'azione ipotecaria, o di rivendicazione, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessar le molestie; purchè costui non prescelga di dar cauzione, o non siasi convenuto che il compratore pagherà non ostante qualunque molestia.*

I. — Quest'articolo è di facile intelligenza. Aggiungiamo solo: 1° che gl'interessi, allorchè sono dovuti, correrebbero sempre, benchè sia sospeso il pagamento, avvegnachè nè il timore di un turbamento, nè lo stesso turbamento, finchè non vi sia evizione, non ritolgono la cosa di mano al compratore; il quale potrebbe solo far cessare gl'interessi pagando il prezzo; 2° che bisogna pareggiare il caso in cui siasi stipulato che un compratore pagherà non ostante qualunque turbamento, e il caso di un compratore che conosceva il pericolo della evizione quando obbligavasi a pagare nel tal tempo; essendovi tacito consenso di pagare non ostante il turbamento (2).

Per diritto antico il compratore non poteva sospendere il pagamento, se non quando fosse stato effettivamente turbato: ma per il nostro Codice basta il timore del turbamento; il che è più giusto. — Del resto decideranno i giudici del fatto se il timore sia fondato, ovvero un pretesto, onde ritardarsi il pagamento (3).

1654 (1500). — Se il compratore non paga il prezzo, il venditore può domandare che la vendita sia disciolta.**

(1) Duranton (XVI-340); Troplong (II-642); Duvergier (I-420); Zachariae (II, p. 534).

* Massime della C. S. di Napoli:

— Nella facoltà a ritenere il prezzo, data al compratore dall'art. 1499 ll. cc., si comprende anche quella a depositare. — Il compratore è facoltato a depositare tutto il prezzo, e non solo la parte corrispondente al valore delle temute molestie. 24 marzo 1846.

— Il compratore che abbia giusti motivi di essere molestato per rivendicazione, se sospende il pagamento del prezzo del fondo comprato, non può dirsi inadempiente. 27 luglio 1847.

— Se il compratore è molestato, o ha giusto motivo da temere di essere molestato per un'azione ipotecaria, o di rivendicazione, non può il venditore astringerlo al pagamento del prezzo senza cauzione, sol perchè nel contratto di vendita si è stipulata la garantia in caso di evizione. Questa garantia pattizia non equivale alla cauzione. 24 luglio 1849.

— L'art. 1499 delle leggi civili è applicabile ai contratti che racchiudono una cessione di diritti ereditari sopra designati fondi, e per prezzo determinato. È un vero contratto di compra vendita. Il compratore che soffre le molestie, non ha facoltà di costringere il venditore a riceversi il prezzo, prestando cauzione, giusta l'art. 1499 ll. cc. 14 febbraro 1852.

(2) Zachariae (II, pag. 534); — Parigi, 16 luglio 1832 (Dev., 32, 2, 517).

(3) *Vedi* Caen, 28 genn. 1832: Lione, 25 gennaro 1853 (J. P., 1853, 1, 580 e 418). — Ma l'acquirente ha solo il dritto di sospendere il pagamento, ma non di pretendere cauzione dal venditore. Douai, 25 maggio 1853 (Dall., 54, 2, 172).

** I creditori aventi ipoteca o altri diritti reali sul fondo comprato, non possono opporsi al giu-

1655 (1501). — Lo scioglimento della vendita degli immobili dee pronunziarsi all'istante, se il venditore si trova in pericolo di prendere la cosa ed il prezzo.

Se non vi è tal pericolo, il giudice può accordare al compratore una dilazione più o meno lunga, secondo le circostanze.

Trascorsa la dilazione senza che il compratore abbia pagato si pronunzierà lo scioglimento della vendita.

1656 (1502). — Quando nella vendita di un immobile siasi stipulato che non pagandosi il prezzo nel termine convenuto, la vendita sia disciolta *ipso jure*, il compratore ciò non ostante può pagar dopo che ha spirato il termine, finchè non sia stato costituito in mora con una intimazione; ma dopo questa, il giudice non può accordargli alcuna dilazione.

SOMMARIO

I. L'azione di scioglimento per mancanza di pagamento, tranne l'eccezione dell'art. 1978 (1850), *si esercita in tutte le vendite, sia di mobili che d'immobili. Errore di Duranton.*

II. Nelle vendite di cose mobili si può anche accordare il termine, di cui parla l'articolo 1655 (1501). *Spesso lo scioglimento non avrà luogo per la buona fede.* Secus *se la vendita sia di immobili; il venditore può allora far risolvere il contratto, non ostante che terzi abbiano acquistato dei dritti dopo che egli ha perduto il suo privilegio.*

III. I procedimenti per ottenere il pagamento non tolgono che si domandi poi lo scioglimento contro il compratore, nemmeno nelle vendite di cose mobili: errore di Duvergier Quid *per rispetto ai terzi? Osservazione quanto ai creditori del venditore.*

IV. La condizione risolutiva espressa si compie più facilmente della tacita, ma l'una e l'altra hanno il medesimo effetto.

V. L'azione con cui si domanda lo scioglimento del contratto e la riconsegna della cosa è personale reale o mista, secondo i casi: conseguenze per la competenza. Dura trent'anni contro il compratore, dieci o venti (per gl'immobili) contro i terzi acquirenti di buona fede: errore di parecchie decisioni.

I.—Se il compratore non adempie la sua obbligazione di pagare il prezzo, il venditore avrà il dritto di far dichiarare lo scioglimento della vendita, sia che il contratto contenga o pur no una tale stipulazione.

L'art. **1654 (1500)** con questa disposizione non fa che applicare il principio stabilito nell'art. **1184 (1137)**, secondo cui la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici, quando una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

Questa facoltà esiste per qualunque vendita, mobiliare o immobiliare, tranne solo per quelle che si sono consentite per una rendita vitalizia, le quali non si possono risolvere, secondo dice formalmente l'articolo **1978 (1850)**. Delvincourt (t. III) e Duranton (XVI-380) dicono che la condizione risolutiva non ha luogo nelle vendite mobiliari, perchè da un canto gli articoli **1655** e **1656 (1501** e **1502)** parlano solo d'immobili, e d'altro canto perchè lo art. **1657 (1503)** sanziona un'altra causa di scioglimento per le vendite di mobili, cioè la mancanza del rilascio al termine stabilito. Ma questa idea è inesattissima: infatti le regole speciali alle vendite d'immobili stabilite negli art. **1655** e **1656 (1501** e **1502)** vengon dopo il principio generale dell'art. **1654 (1500)**, in cui dichiarasi assolutamente rescindibile qualunque vendita. Ammessa la falsa dottrina di Delvincourt e di Duranton, l'articolo 1655 (1500) sarebbe annullato. Inoltre lo articolo **1657 (1503)** non si oppone a quel principio, ma anzi lo conferma, poichè si permette perfino lo scioglimento per la semplice

dicato con cui il venditore ottiene la rescissione del contratto di vendita per mancanza di pagamento del prezzo. C. S. di Napoli, 2 maggio 1844.

plice mancanza della tradizione della cosa; il che è ben più lieve della mancanza di pagamento. Insomma la regola di cui trattasi è assoluta e non contraddetta in nessuna parte del Codice; essa anzi è stata sanzionata due volte, nel nostro art. 1654 (1500): e nell' articolo 1184 (1133) sicchè a buon dritto la dottrina di Delvincourt e di Duranton è stata rigettata dalla giurisprudenza (1).

II. — Diciamo dunque che la regola dell'art. 1654 (1500) deve applicarsi anche alle vendite di mobili : ma su ciò si son fatte due quistioni molto delicate. E in prima, l'articolo 1655 (1501) permette al giudice di accordare un termine al compratore nelle sole vendite d'immobili; si dovrà dire perciò che nelle vendite di mobili non si possa accordare nessun termine? Noi non crediamo, ed ecco qual può essere il pensiero della legge. — Il Codice divieta, ed a ragione, di accordarsi qualunque termine, nemmeno per gl'immobili, quando il venditore si trovi in pericolo di perdere la cosa ed il prezzo; or nelle vendite di mobili questo pericolo esiste quasi sempre, sicchè è ben naturale che il legislatore, preoccupandosi qui come sempre *de eo quod plerumque fit*, non abbia indicato esplicitamente per queste vendite la facoltà di accordare un termine. Ma se in fatto non vi fosse tal pericolo, allora si potrà accordare il termine, o per analogia del nostro art. 1655 (1401), o in forza dell'art. 1184 (1137). In altre parole, l'art. 1184 (1137) permette assolutamente e senza distinzione di accordarsi un termine in qualunque contratto; l'articolo 1655 (1501) lo vieta per le vendite di immobili, quando vi sia pericolo che il venditore perda la cosa ed il prezzo; dal che sorge naturale che non si possa nemmeno accordare per le vendite di mobili, quando vi sia questo doppio pericolo (il che ha luogo generalmente): ma se un tal pericolo non esiste, allora reggerà la facoltà assoluta dell'art. 1184 (1137).

Inoltre si è anche controverso se possa risolversi la vendita, quando il mobile venduto sia diventato immobile per destinazione e soggetto quindi al dritto di un creditore ipotecario del compratore. Troplong (addiz. al n. 465) e varie decisioni han creduto che si. Il compratore, si è detto, non ha potuto trasferire maggiori dritti di quelli che aveva egli stesso; il venditore quindi avrà sempre dritto sulla cosa sua, non ostante la trasformazione operatasi. Di che fa prova l' articolo 593 (683) del Codice di procedura, poichè la legge dopo avere stabilito in principio nell' art. 592 (682) che non possono essere pignorati i mobili immobilizzati per destinazione, vi fa eccezione poi nell'art. 593 (683) per il venditore che non sia pagato (2). Noi crediamo inesatta questa dottrina, e pensiamo con Duvergier (I-439) e con altre decisioni posteriori a quelle sopra indicate, che in questo caso non possa sciogliersi la vendita, come nemmeno quando il mobile venduto sia passato nelle mani di un terzo di buona fede che lo abbia comprato o ricevuto in pegno. Gli è vero che la immobilizzazione non nuoce al dritto del venditore nei rapporti di lui col compratore; ma non è così per rispetto ai terzi che abbiano acquistato diritti sul mobile venduto, e non è ben detto che questi non possano avere maggiori dritti del compratore. Troplong riconosce che il terzo, a cui il compratore abbia rivenduto il mobile, non potrebbe temere di vederselo da me ritolto, in considerazione del possesso di buona fede sulle cose mobili; mentre che il compratore medesimo, possedendo ancora il mobile, non potrebbe sottrarsi alla

(1) Troplong (II-645); Duvergier (I-436); Zachariae (II, p. 535); — Parigi, 18 agosto 1829; Rig., 7 aprile 1830; Pau, 24 giugno 1831; Parigi, 20 luglio 1831; Parigi, 16 agosto 1832; Rig., 9 dicembre 1835; Parigi, 21 febbraro 1838; Amiens, 1 settembre 1838; Lione, 21 marzo 1839; Parigi, 25 luglio 1846 (Dev., 32, 2, 29; 33, 2, 472-474; 38, 2, 97; 39, 2, 237 e 423; 46, 2, 358). — Del resto, l'azione può anche intentarsi incidentemente, per via di eccezione, quando il venditore sia stato chiamato a far valere le sue ragioni. Montpellier, 9 giugno 1853 (Dall., 54, 2, 173).

(2) Parigi, 10 luglio 1833; Amiens, 1 sett. 1838 (*loc. supra cit.*).

mia azione per lo scioglimento. Adunque il terzo può avere maggiori dritti del compratore, il che è ben semplice, stante la sua buona fede, che certamente non potrà mettersi in mezzo dal compratore che non paga. Or se il terzo a cui fosse stata rivenduta la cosa mobile, se il creditore a cui fosse stata data in pegno, non potrebbero temere di vedersela ritolta, per qual motivo dovrebbe avvenire altrimenti per il creditore ipotecario, che ha acquistato un diritto sovr'essa cosa atteso la sua immobilizzazione? Il dritto di quest'ultimo non è meno favorito dalla legge; — infatti la giurisprudenza è oramai costante in questo senso (1).

In quanto agli immobili, i terzi acquirenti di buona fede non possono ritenere la proprietà, ma acquisteranno i soli frutti; per cui il venditore ha dritto di esercitare la sua azione per lo scioglimento contro qualunque sotto-acquirente dello immobile o concessionario di un dritto reale sovra di esso. Ma potrà egli esercitare contro il terzo l'azione per lo scioglimento, quando abbia perduto il privilegio annesso al suo credito (art. 2103-1° (1972)), sia per mancanza di iscrizione, o per effetto di forclusione per non aver presentato i titoli in una graduazione, o per essere stato reso libero l'immobile dai privilegi e dalle ipoteche, o per averlo formalmente rinunziato, tanto che il suo credito non è più privilegiato, ma semplicemente chirografario? Parecchi scrittori e decisioni aveano giudicato che il venditore in tal caso non può più esercitare la sua azione risolutiva; si credeva impossibile sostenere che il venditore, il quale non può perseguire ipotecariamente il terzo acquirente, possa poi ritogliergli lo immobile. Eppure questa idea era esattissima, come ora si è generalmente riconosciuto: il venditore infatti gode di due diritti separati; egli in prima può agire onde farsi pagare, come creditore privilegiato, e non come creditore ordinario; oltracciò ha dritto di riprender la cosa sua ove non sia pagato. Perduto il primo, a lui gli rimane che il secondo dritto; egli non sarà più creditore privilegiato, ma ordinario, ma sarà sempre un creditore; sarà sempre un venditore non pagato, e potrà quindi far risolvere la vendita (2).

III. — Nel dritto romano, in cui non conosceva affatto la tacita condizione risolutiva degli articoli 1184 e 1654 (11[illegible] e 1500), e in cui ammettevasi la risoluzione solo quando si stipulava espressamente, questa convenzione che dicevasi *patto commissorio* intendevasi in un senso che oggi non può più ammettersi. Siccome il venditore, dicevasi, per effetto del patto commissorio, può, ove non sia stato pagato al termine stabilito, far sussistere la vendita o renderla come non avvenuta, segue da ciò che se il venditore, scorso il termine per il pagamento, domandi il suo prezzo, egli ha con ciò manifestato di volerla tener ferma, e non può quindi farla annullare: se egli domandi ancora di esser pagato, dopo scorso il termine stabilito, eseguendo in tal modo il contratto, la vendita, dicevasi, non sarebbe più rescindibile, ma pura e semplice... Questo sistema è oggi inammessibile, nè si potrebbe più dire sotto il Codice, che le domande e i procedimenti per ottenere il pagamento escludano il dritto di far risolvere la vendita.

Infatti quand'anche nel contratto si sia espressamente stipulato che, non pagandosi il prezzo nel termine stabilito, la vendita sarà sciolta di pieno dritto, il venditore secondo l'art. 1656 (1502) non solo può, ma deve con una intimazione mettere in mora il compratore, prima di doman-

(1) Rig., 9 dic. 1835; Lione, 31 marzo 1839; Parigi, 25 luglio 1846 (*loc. cit.*).

(2) Persil (art. 2103 (1972)); Merlin (*Rep.*, alla parola *Risoluzione*, num. 4); Duranton (XVI-362); Troplong (*Ipol.*, I-222); Duvergier (*Vendita*, I-451); Zachariae (II, p. 536); Cass., 2 dic. 1811; Cass., 3 dic. 1817; Limoges, 19 genn. 1824; Montpellier, 29 maggio 1827; Cass., 26 marzo 1828; Cass., 2 agosto 1831; Rig., 30 lug. 1834; Cass., 25 agosto 1841; Parigi, 12 febb. 1844; Rouen, 15 magg. 18[illegible] (Dev., 31, 1, 315; 35, 1, 311; 42, 1, 46; 44, 2, 113; 53, 2, 76); Parigi, 16 agosto 1832 (J. P., [illegible], 1, 286).

dare lo scioglimento, di guisachè nel nostro dritto la domanda per il pagamento non osta affatto allo esercizio della condizione risolutiva, ma ne è al contrario una condizione. Però siccome l' articolo 1656 (1502) è dettato specialmente pegli immobili, Duvergier ne ha conchiuso (I-445) che se il sistema del dritto romano non può applicarsi, per le vendite d'immobili, nè per quelle di mobili che siano soggette alla tacita condizione risolutiva degli articoli 1184 e 1654 (1137 e 1500), però lo si deve applicare nelle vendite di mobili in cui sarebbe espressa la condizione risolutiva. Errore: infatti, sarebbe contraddittorio che il dire la condizione formalmente stipulata da un venditore fosse meno efficace e meno vantaggiosa di quella tacita e sottintesa che per legge ha minor forza. Inoltre ammessa pure se si vuole questa sottigliezza del dritto romano, cioè che la domanda pel pagamento sia in certo modo un'altra vendita che si sostituisca alla prima, ciò importerebbe lo stesso, poichè questa seconda vendita conterrebbe sempre di pieno dritto, e in forza degli art. 1184 e 1654 (1137 e 1500), la tacita condizione risolutiva! In Roma non si ammetteva la tacita condizione; sicchè dicendosi che la vendita in cui si apponeva la condizione formale si trasformasse in una vendita senza condizione, importava che la vendita diventasse pura, e semplice. Ma oggi che la condizione risolutiva si contiene implicitamente in qualunque vendita, sarebbe inutile ammettere la pretesa trasformazione o sostituzione, poichè si eviterebbe la condizione espressa e s'incorrerebbe nella tacita! Fa meraviglia invero che Duvergier non si sia accorto di tanto errore.

Il venditore adunque potrà sempre fare dei procedimenti, affin di ottenere il pagamento del prezzo, senzachè per questo perda il dritto di far risolvere il contratto, ove quelli tornino vani. E ciò per rispetto al compratore, il quale è soggetto alla condizione risolutiva finchè non soddisfaccia l'intiero prezzo. Ma non così sempre per rispetto ai terzi: difatti se il venditore, onde esser pagato, invogliasse il compratore a rivendere la cosa o a concedere dei dritti reali sovr'essa, o ne lo autorizzasse, in tal caso egli non potrebbe molestare i terzi acquirenti i quali han comprato col suo piacere o colla sua autorizzazione espressa o tacita. Per modo d'esempio, se voi dopo avere venduto a Paolo il vostro immobile per 100,000 fr. che questi non vi paga, farete rivendere agli incanti lo immobile, prendendovi gli 80,000 fr. che Giacomo aggiudicatario vi paga, voi non avete più il dritto, perchè non siete stato pagato degli altri 20,000 fr., di far risolvere la vendita restituendo a Giacomo gli 80,000 fr. pagati. Voi lo potevate prima contro di Paolo, il quale era diventato proprietario sotto la condizione di pagarvi gli intieri 100,000 fr.; ma non ne avete più dritto contro Giacomo, il quale col vostro consenso è divenuto proprietario, pagandovi gli 80,000 fr. Il vostro dritto ora non è altro che un credito di 20,000 fr. contro Paolo. — Ciò dovrà applicarsi in tutti i casi in cui il venditore abbia approvato la rivendita, o concessione di dritti reali; poichè egli allora rinunzia implicitamente all'azione per lo scioglimento. Però bisogna andar cauti; l'autorizzazione del venditore non si presume tanto di leggieri; sicchè è necessario, ove ella non sia formalmente espressa, che sorga chiaramente dalle circostanze (1).

Da ultimo è manifesto, che se i creditori del venditore, esercitando in nome di lui l'azione del pagamento contro il compratore, ne ricevano il prezzo, quegli non avrebbe più dritto allo scioglimento; se però i suoi creditori abbiano ricevuto una sola parte del prezzo di vendita, egli potrebbe far risolvere la vendita, ove il compratore non paghi la rimanente somma, restituendogli quel che ha pagato.—

(1) *Vedi* Rig., 16 luglio 1818; Rig., 2 giugno 1824; Rig., 7 nov. 1832; Rig., luglio 1834; Parigi, 12 agosto 1835; Cass., 16 nov. 1836; Rig., 16 marzo 1840; Cass., 10 dic. 1844 (Dev., 33, 1, 310; 34, 1, 806; 36, 2, 272; 37, 1, 28; 40, 1, 321; 45, 1, 155).

Ma se fossero creditori ipotecari, i quali avrebbero fatto pignorare lo immobile, il venditore non potrebbe più domandare lo scioglimento, quand'anche il prezzo dell'aggiudicazione fosse di molto minore di quello della vendita; dacchè egli non avrebbe altro, come testè dicemmo, che un credito personale contro il suo acquirente; per l'incontro, potrà risolversi sempre la vendita, se il creditore del venditore, essendo pure creditore personale del compratore, avesse come tale fatto pignorare l'immobile, senza esercitare i dritti del venditore (1).

IV. — Lo scioglimento si compie più o meno facilmente, secondochè sia stato o pur no formalmente stipulato; ma alla per fine produce i medesimi effetti sì nell'uno che nell'altro caso.

Quando siasi espressamente stipulato che non pagandosi il prezzo nel termine convenuto, la vendita sarà disciolta, è sempre necessario che il compratore sia stato costituito in mora con una intimazione, rimasta senza effetto; dopo di che la vendita si discioglie e il compratore non potrebbe più farsi accordare dal giudice alcun termine (art. 1656 (1502)). Per l'incontro, mancando una stipulazione espressa, e dovendosi quindi applicare gli articoli 1184 e 1685 (1137 e 1500), il giudice sarà libero, tranne se il venditore si trovi in pericolo di perdere la cosa ed il prezzo, di accordare al compratore un termine più o meno lungo secondo le circostanze; scorso il quale e non pagato il prezzo dal compratore, egli non potrà più accordarne un secondo (art. 1655 (1501)).

Gli effetti dello scioglimento consistono nel rimettere le cose al medesimo stato, come se la vendita non si fosse convenuta (art. 1183 (1136)). Il compratore quindi dovrà restituire la cosa insieme coi frutti, se ne abbia percepito, non che una indennità pei deterioramenti che abbia potuto cagionare. Da canto suo il venditore dovrà restituire la parte di prezzo che avrebbe ricevuta, non che gli interessi, se la cosa venduta produca frutti. Invano si direbbe che la obbligazione imposta al compratore dall'art. 1652 (1498) di pagare gli interessi del suo prezzo, quando la cosa è fruttifera, non riguarda il venditore, avvegnachè fra i due casi non siavi analogia. Al contrario, secondo noi l'analogia è completa, poichè lo scopo della legge è che non si lasci al compratore nè al venditore i frutti della cosa e gli interessi del prezzo perchè nissuno dei due si avvantaggi coi danno dell'altro. Il venditore non potrebbe nemmeno ritenere o farsi pagare gl'interessi, rilasciando i frutti al compratore. poichè ben di rado la cosa darebbe tanti frutti, quanti sarebbero gl'interessi del prezzo; or poichè le cose debbonsi rimettere nel medesimo stato, come se la vendita non fosse avvenuta, il venditore quindi avrebbe dritto ai frutti della cosa e non agl'interessi del prezzo. Ben a ragione dunque una contraria decisione fu annullata dalla Corte suprema (2).

Il venditore che esercita l'azione per lo scioglimento, riprende la cosa sua franca e libera da qualunque servitù, ipoteca o peso che il compratore vi abbia potuto imporre (3); però dovrà rispettare gli affitti che questi abbia consentito, e ciò per analogia dell'art. 1673 (1519) (4).

V. — Due ultimi punti dobbiamo infine esaminare: 1° quale sia la natura dell'azione risolutiva (per determinare la competenza), e 2° dopo quanto tempo si prescriva.

E in prima si è molto controverso per conoscere se l'azione sia reale, personale o mista. Troplong (II-624 *e seg.*) dice che essa sia mista se diretta contro l'acquirente che ancora è in possesso della cosa, per-

(1) Rig., 30 luglio 1834 (Dev., 35, 1, 311).

(2) Cass. (di una decisione di Lione), 23 luglio 1834 (Dev., 34, 1, 620).

(3) Ciò dovrà anche applicarsi nel caso di scioglimento consentito *all'amichevole*, stante l'impossibilità di pagare in cui trovisi il compratore, come anche nel caso di scioglimento pronunziato giudiziariamente. Ric., 10 marzo 1836; Bourges, 12 febb. 1853 (Dall., 36, 1, 167; 53, 2, 175).

(4) Delvincourt (t. III); Duranton (XVI-365); Troplong (II-651); Duvergier (I-457).

sonale se questi non la possegga, reale se diretta contro un terzo detentore; Carrè (*Compet.*, I-219) pretende che essa sia personale nel primo caso e mista nel secondo; Duvergier infine (I-467) dice che sia reale se diretta contro il terzo, e personale se contro il compratore. Noi crediamo che la dottrina di Troplong sia la sola esatta... L'art. 59 (151) del Codice di procedura, opponendo alle azioni reali e a quelle personali le miste, intende per queste ultime quelle azioni che partecipano delle une e delle altre (qualunque fosse stato del resto il senso di questa parola per dritto romano). Ciò per altro è riconosciuto dal medesimo Duvergier (p. 574). Or come dire che non sia mista l'azione per lo scioglimento intentato contro un compratore che è ancora in possesso della cosa venduta? Infatti, il venditore si rivolge da un canto contro il compratore, il quale per non avere adempito la sua obbligazione è personalmente obbligato allo scioglimento del contratto formato fra di loro; e d'altro canto egli persegue la medesima cosa, di cui è proprietario per effetto della condizione risolutiva. Certamente, se il venditore intentasse due azioni distinte, una per far dichiarare lo scioglimento, e l'altra per rivendicare la sua cosa, la prima sarebbe puramente personale, e la seconda puramente reale: ciò avviene appunto, allorchè avendo il compratore trasferito ad altri la cosa, il venditore agisca in prima per lo scioglimento della vendita contro il suo compratore, e quindi rivendichi la cosa contro il terzo acquirente; in tal caso l'azione diretta contro il primo è personale e l'altra reale, come dicesi pure da Duvergier. Ma quando il venditore si rivolge contro il suo acquirente, il quale sia ancora in possesso per lo scioglimento del contratto, e per rivendicare la cosa, di cui è proprietario per effetto della risoluzione; quando con unica azione domanda tutto quello che avrebbe potuto domandare intentando le due azioni, personale e reale, gli è ben chiaro che siffatta azione è appunto quella che l'art. 59 (161) Cod. proc. dice mista, perchè partecipa delle altre due.

Da ciò varie conseguenze: se il venditore si rivolge contro l'acquirente che sia ancora in possesso della cosa, l'azione è mista, e può quindi intentarsi tanto innanzi il tribunale del domicilio del convenuto, che innanzi quello del luogo dove esiste la cosa venduta, se si rivolge contro il compratore per il solo scioglimento della vendita, senza rivendicare la cosa (la quale sia passata presso un terzo acquirente), l'azione è personale, e deve quindi intentarsi innanzi il tribunale del domicilio di esso compratore; se infine il venditore agisce separatamente contro il sottoacquirente, l'azione è reale, e deve quindi intentarsi innanzi il tribunale del luogo ove esiste la cosa. Che se, nel caso di retrocessione, il venditore si rivolge insieme contro il compratore e il terzo acquirente, l'azione è anche mista, perchè abbraccia le due domande personale e reale, e può quindi sperimentarsi innanzi uno dei due tribunali.

Gli scrittori tutti riconoscono che l'azione contro il compratore si prescrive dopo trent'anni; ma eglino sono discordi per rispetto al terzo acquirente. — Alcune decisioni hanno giudicato che l'azione (la quale si estingue immediatamente e per il solo fatto del possesso di buona fede da parte del terzo acquirente, allorchè trattasi di cose mobili) dura anche trent'anni, non ostante la buona fede del sottoacquirente, allorchè trattasi d'immobili (1); ma è questo secondo noi un errore, che è stato a buon dritto rigettato dalla più gran parte degli scrittori e delle decisioni. Infatti lo articolo 2265 (2172) accorda il beneficio della prescrizione di dieci o venti anni a colui che acquista con giusto titolo e di buona fede, nè vi sarebbe motivo per escludere il terzo acquirente di cui è discorso. Gli è vero che l'art. 2265 (2172) mette in opposizione il possessore col *vero padro-*

(1) Montpellier, 29 maggio 1827; Parigi, 4 marzo 1833; Agen, 28 agosto 1841 (Dev., 35, 2, 230; 42, 2, 119).

ne, per cui potrebbe dirsi (come si è detto), che esso è dettato solo per colui che acquista *a non domino*, e che quindi non possa applicarsi a colui, di cui noi parliamo, il quale ha acquistato da chi era proprietario; ma non è questo un abuso di parole? E in prima sarebbe contrario alla sana ragione, che colui il quale acquista *a vero domino*, ma che nondimeno ha bisogno di prescrivere, debba riguardarsi con meno favore di colui che acquisti *a non domino;* noi crederemmo piuttosto che ciò sia da riputarsi come una nuova causa di favore! Ma se del resto si volesse applicare giudaicamente il testo dell'articolo, il nostro caso vi si comprenderebbe ben di leggieri: infatti, il venditore ha dritto di ritogliere la cosa al sottoacquirente, perchè, essendo venuta meno la vendita per mancanza di pagamento, la proprietà, per lo effetto retroattivo della risoluzione, è appartenuta sempre a lui venditore, e non mai al suo primo acquirente. Ma dunque il terzo possessore ha acquistato *a non domino*, perchè il venditore è stato sempre il *vero padrone*. Ecco dunque rispettata la parola dell'art. 2265 (2172) (1).

2. Dell'obbligazione di consegnare.

1657 (1503). — Trattandosi di derrate e di cose mobili, lo scioglimento della vendita avrà luogo *ipso jure*, e senza intimazione a prò del venditore, spirato il termine stabilito per la tradizione.*

I. — Il compratore deve farsi consegnare la cosa, o al tempo stabilito nella convenzione, o, nulla essendosi convenuto, secondo l'uso dei luoghi (articolo 1135 (1089)), o infine, se non vi sia convenzione speciale nè consuetudine, immediatamente dopo la vendita, cioè nel termine moralmente e ragionevolmente necessario.

Se il compratore faccia passare il termine senza prendere la cosa, il venditore, secondo i principî generali e in qualunque specie di vendita, può, dopo aver messo in mora il compratore con una intimazione, domandare a sua scelta, o il pagamento del prezzo o lo scioglimento della vendita; se la cosa fosse mobile, egli potrebbe anche farsi autorizzare dal giudice a depositarla in altro luogo (articolo 1264 (1217)). Inoltre egli può domandare anche i danni-interessi, se la cosa gli abbia cagionato qualche danno per non essere stata tolta dal compratore.

II. — In questo medesimo caso di vendita di cose mobili, se siasi stabilito un termine per la consegna, la legge è anche più rigorosa col compratore, ammettendo in prò del venditore, colla disposizione del nostro articolo, lo scioglimento di pieno dritto e senza bisogno di intimazione. — Troplong (II-679) e Duvergier (I-474) insegnano che, anche quando non vi sia convenzione, lo scioglimento di pieno dritto avrebbe parimente luogo dopo la intimazione fatta al compratore per togliersi la cosa comprata; ma noi crediamo, insieme con Zachariae (II, p. 532), che questa idea sia inesatta, e che il compratore avrebbe sempre dritto, scorso il termine stabilito colla intimazione, a farsi consegnare la cosa, finchè non siasi pronunziato lo scioglimento con una sentenza. Il nostro articolo 1657 (1503) contiene una eccezione per il solo caso in cui si è *stabilito un termine*; questa facoltà del venditore di render nulla una vendita per la sola mancanza della consegna al termine indicato, essendo regola troppo severa ed esor-

(1) Vazeille (*Prescriz.*, II, 517); Duranton (XVI, 364); Troplong (I-657); Zachariae (II, pag. 588); — Tolosa, 13 agosto 1827; Colmar, 6 marzo 1830; Rig. 12 genn. 1831; Orléans, Rouen, 28 dic. 1831; 14 dic. 1832; Bordeaux, 24 dic. 1832; Rig., 31 gen. 1844; Riom, 23 dic. 1843 (Dev., 31, 1, 129; 33, 2, 295, 575 e 576; 44, 1, 521; Dall., 46, 2, 105).

* L'art. 1503 ll. cc. relativo alla vendita delle derrate e mobili, non si applica a' mobili incorporali. C. S. di Napoli, 30 ottobre 1832.

bilante, non si deve estendere ai casi non preveduti. Per vero ciò si dovrebbe ammettere, quando le parti abbiano fatta una espressa convenzione; ma non si potrebbe mai presumere il consenso del compratore dopo la semplice intimazione fattagli dal venditore (1).

CAPITOLO SESTO

DELLA NULLITÀ E DELLO SCIOGLIMENTO DELLA VENDITA.

1658 (1504). — Indipendentemente dalle cause di nullità o di scioglimento già spiegate in questo titolo, e da quelle che sono comuni a tutte le convenzioni, il contratto di vendita può essere sciolto coll'esercizio del diritto di ricompra, e per la viltà del prezzo.

SOMMARIO.

I. Cattiva compilazione dell' articolo. Differenza tra la risoluzione e la nullità o la rescissione.
II. False dottrine di Toullier, Troplong, e Duvergier sulle nullità.
III. Indicazione dei principi su questo punto: rimando. Oggetto delle due sezioni del presente capitolo.

I. — Il Codice tratta in questo capitolo di due cause speciali per cui si distrugge il contratto di vendita: 1° il dritto di ricompra, 2° la rescissione per viltà di prezzo. Abbiamo usato la parola distruggere, perchè molto generica e perchè racchiude i due casi preveduti nell'articolo, senza incorrere nella inesattezza di linguaggio che ne rende vizioso il dettato. Infatti è un errore il prendere come sinonime le parole ***nullità***, ***scioglimento***, non che la parola ***rescissione*** (come sorge dal raffronto cogli articoli 1674 (1520) e seguenti). A dir vero, quando una vendita o un contratto qualunque cessa di esistere, ciò si potrebbe dire indistintamente, ***nullità*** (o ***annullamento***), ***rescissione o scioglimento***: se una vendita si è fatta, e quindi si è distrutta e riputata come non mai esistente, si potrebbe ben dire, assolutamente parlando, che essa sia ***annullata***, ***sciolta***, ***rescissa***, prendendo queste parole nel senso lato, come se si dicesse ***distrutta***. ***soppressa***, ***annientata***. Ma non si intendono così nel linguaggio giuridico: le due parole ***nullità*** e ***rescissione*** (la prima delle quali ha un significato più largo, perchè indica il genere, mentre la seconda indica la specie) son solite usarsi pei casi in cui il contratto cessa di esistere giacchè inviziato, mentrechè la parola ***scioglimento*** importa l'annientamento di un contratto, che vien meno per il compiersi di una condizione risolutiva. Secondo queste norme può ben dirsi, che il dritto di ***ricompra*** importi lo scioglimento del contratto, poichè in tal caso la vendita è perfetta, e diventa nulla per essersi compita una condizione risolutiva stipulata nel contratto; ma la viltà del prezzo è un difetto che invizia la vendita, e per cui essa può annullarsi, nè si potrebbe dire che sia una condizione risolutiva: infatti nella sez. 2ª (art. 1674-1685 (1520 M-1531)), il Codice per sette volte ha chiamato col nome di ***rescissione*** questa causa di annullamento, e non mai colla parola scioglimento. A ragione dunque Troplong e Duvergier (i quali discordano sopra un altro punto, intorno a cui vanno errati l'uno e l'altro come ora vedremo), hanno censurato la compilazione del nostro art. 1658 (1504). Arroge inol-

(1) Questa regola dovrà applicarsi tanto in materia commerciale che in materia civile. Cass., 6 giugno 1848; Bordeaux, 18 nov. ed 8 dic. 1833 (Dev., 49, 1, 65; 54, 2, 394).

tre che il nostro articolo non che i seguenti offrono un altro vizio nel dettato che è contro non solo all' uso e allo intendimento ordinario delle parole, ma anche al loro medesimo pensiero, allorchè dinotano colla parola *ricompra* la prima delle due cause di annientamento in essi indicate. Di ciò parleremo sotto l' art. 1659 (1506).

Abbiam detto, o almeno fatto comprendere, che ove pure si volesse adottare il linguaggio del nostro articolo 1658 (1504), applicando a qualunque specie di annientamento del contratto le parole *risoluzione* e *rescissione,* si dovrebbe sempre, per parlare con esattezza, dire *annullamento* e non mai *nullità*. La nullità è lo stato di una cosa presentemente nulla. Or ciò ch'è nullo non si può annullare: non si distrugge il niente. Adunque si rettifichino le idee e le parole: chiamiamo contratti *nulli* quelli che per legge non esistono, e che si sono compiti apparentemente (come la vendita della cosa altrui, o di una eredità futura); semplicemente *annullabili* (o anche rescindibili o risolubili) quelli che esistono in dritto ed in fatto, ma che sono soggetti ad una causa che può farli annullare e reputare come non avvenuti.

II. — Fa in vero meraviglia che queste idee, così semplici ed importanti nel medesimo tempo (e che noi varie volte abbiamo sviluppato) non siano state avvertite da nessuno scrittore; che anzi tutti si sono confusi in questa materia delle nullità.

Tre sommi giureconsulti, Toullier, Troplong e Duvergier (gli ultimi due trattando specialmente del nostro articolo) hanno largamente parlato di questa teoria. Toullier vi consacra una gran parte del suo tomo VI; Troplong, confutandolo in vari punti, ha scritto una lunga e dotta dissertazione sugli atti nulli di pieno dritto, rescindibili e risolubili; Duvergier infine ha contraddetto le censure di Troplong; eppure le loro spiegazioni non offrono altro che un impasto di errori e contraddizioni.

E in prima, come sopra abbiamo già accennato (pag. 188-189), i lunghi svolgimenti di Toullier si riducono a tre o quattro idee stranamente false. Secondo lui, il contratto è nullo di pieno dritto quando contenga un vizio che *impedisce di formarsi la convenzione*, e la cui visibilità permette di distruggere colla semplice esibizione del titolo *l'apparenza del contratto* fino allora esistente; mentre che è semplicemente rescindibile, quando il vizio che *impedisce di farsi la convenzione* deve indicarsi al magistrato, il quale colla sua sentenza distrugge *l' apparenza del contratto*. In tal modo queste due specie di atti che si annunziavano tanto differenti, sarebbero identiche, poichè l'uno e l'altro formerebbero un preteso contratto che non esiste, ma che è semplicemente apparente. Gli è vero che Toullier li distingue nelle loro conseguenze, dicendo che in un caso l'apparenza del contratto sarebbe senza effetto, e nell'altro varrebbe come un atto reale fino a che sarebbe distrutta; ma egli poi non sa distinguere quale sia l' apparenza inefficace, e quale la efficace. Infatti mentre egli in un punto dice (VII. 298 e 299) che gli atti dei minori, degli interdetti o delle donne maritate sono inesistenti ma efficaci e che quelli formati per errore, violenza o dolo sono soltanto inefficaci; contraddicendo poi a se stesso, pretende (VII-521) che questi ultimi siano efficaci, e inefficaci i primi. Ma dove andò a ripescare il dotto professore questa distinzione fra le apparenze efficaci e inefficaci? E come dire poi che gli atti dei minori, degli interdetti o delle donne maritate, o quelli formati per errore, violenza o dolo siano inesistenti, mentre che essi appunto sono la parte più notevole delle convenzioni che realmente si formano, che non possono impugnarsi da una delle parti, che esistono finchè l'altra non ne domandi lo annullamento, e che rimangono specialmente validi se scorrono dieci anni e non sono stati impugnati (articolo 1304 (1258))?

Troplong alla sua volta sostiene errori diversi, ma strani ed incomprensibili al pari che quelli di Toullier. L' eminente giureconsulto, dopo lunghe osservazioni sull'antica giurisprudenza, arrivato allo svolgi-

ıento del Codice Napoleone, passa sotto ilenzio e par che nemmeno supponga la istinzione fondamentale fra gli atti proriamente nulli (cioè legalmente inesistenti) gli atti impropriamente nulli (quelli cioè he possonsi solo annullare), e fondandosi opra una parola che trovasi in un testo solato del Codice, che egli crede come la spressione di un principio generale, dice ul serio (II 687) che nulli di pieno dritto ono quegli atti in cui il *dritto* forma *il atto* e che si presentano con *mala ripuazione*, diguisachè, egli dice, per conoscere se gli atti siano nulli o rescindibili si dee vedere se dessi abbiano *buona o nala riputazione!*

Duvergier infine (II-3) rimanda alle paole di Toullier, in cui scorge «il maggiore ıvanzamento nella scienza, perchè nulla si mai coordinato in miglior modo, comreso così profondamente o più felicemente spresso», e finisce con dire che la dotrina di Toullier è *la più ammirevole e a più sicura* che possa immaginarsi!!!

III.—Il vero principio che regola questa nateria, è stato da noi già più di una volta ndicato. Abbiamo già detto che, senza tener conto degli atti che si possono risolvere (i quali non potrebbero dirsi nulli, poichè non si distruggono per la esistenza di un vizio, ma in forza di una convenzione espressa o tacita, o di una condizione formalmente o implicitamente stipulata), abbandonate omai le strane complicazioni dell'antico dritto, si dovrebbero distinguere gli atti che sono *nulli* nel senso proprio e rigoroso della parola, cioè gli atti legalmente inesistenti, e quelli che così diconsi impropriamente, ma che sono semplicemente *annullabili*, cioè affetti da un vizio, che non impedisce che nascano ed esistano legalmente, ma che permette solo di farli annullare (*vedi* il commentario degli art. 180, 1109 e seg., 1304 (154, 1063 M e seg., 1258), e le osservazioni che ad essi precedono).

Abbiamo sopra osservato che le due cause speciali di annientamento della vendita trattate nel presente capitolo non producono la nullità propriamente detta: nel caso di cui parlasi nella prima sezione, la vendita non può annullarsi ma solo risolversi; nel secondo si annulla.

SEZIONE PRIMA.

DEL DRITTO DI RICOMPRA

1659 (1505).—La facoltà di ricomprare o di riscattare è un patto con cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo capitale, ed il rimborso di cui si tratta nell'art. 1673 (1519).*

SOMMARIO.

I. La ricompra o riscatto non importa una rivendita, ma lo scioglimento della prima vendita. Conseguenze.

II. Come può acquistarsi irrevocabilmente un diritto reale sulla cosa venduta col patto di ricompra.—Se il patto si convenisse dopo formata la vendita, non vi sarebbe più scioglimento della prima vendita, ma rivendita.

I.—Il Codice, seguendo la locuzione impropria di molti dei nostri antichi scrittori, e specialmente di Pothier, chiama patto di ricompra o di *réméré* (*rem emere*) la stipulazione con cui il venditore e il compratore convengono che il primo possa ri-

* È lecito il patto di doversi la ricompra esercitare con danaro proprio del venditore. Ciò importa che il compratore sia ad altri preferito. C. S. di Napoli, 21 luglio 1827.

— Il patto di ricompra importa una novella compra-vendita, non già la risoluzione della prima. C. S. di Napoli, 24 aprile 1827.

— Il patto di ricompra vale una condizione risolutiva. C. S. di Napoli, 18 nov. 1831.

prendere la cosa, e rendere come non avvenuta la vendita, restituendo al secondo in un termine stabilito: 1° il prezzo dello acquisto; 2° le spese accessorie, come le spese del contratto, e del trasporto della cosa; 3° le spese necessarie od utili che il compratore abbia fatto sulla cosa, le prime in intero, e le seconde fino alla concorrenza dello aumento del valore del fondo (art. 1673 (1519).

Esercitandosi questa facoltà, abbiam detto che la vendita diviene come non avvenuta; sicchè sono inesatte le parole ricompra o riscatto usate dalla legge.

Infatti il venditore non ricompra la cosa, nè il compratore la rivende; ma si risolve e distrugge la prima vendita: Pothier aveva giustamente detto, in tal caso non esservi *novus contractus*, ma al contrario *distractus*; non si fa una seconda vendita, ma si toglie la prima: insomma questo patto equivale ad una condizione risolutiva. Il compratore acquista un dritto di proprietà che può risolversi, e il venditore quindi continua ad esser proprietario sotto condizione sospensiva: se la condizione si compie, cioè se il venditore ritoglie la cosa sua, egli si reputa aver avuto sempre la proprietà, e in conseguenza tutte le ipoteche, servitù ed altri pesi reali concessi dal compratore sarebbero non avvenuti, come formalmente è detto nel secondo paragrafo dell' art. 1673 (1519); se per l'incontro passa il termine, e il venditore non ritoglie la sua cosa, il compratore diventa proprietario irrevocabile, come dicesi nell'art. 1662 (1508).

II. — Segue da ciò che colui il quale, durante il termine convenuto per lo esercizio della facoltà di retratto voglia acquistare un' ipoteca certa sopra l'immobile così venduto dovrebbe farsela concedere insieme dal compratore e dal venditore. Sebbene ciò ci sia stato contraddetto e positivamente negato in una conferenza avuta col nostro celebre compatriotta Senard, noi crediamo che sia evidente. Infatti l' ipoteca consentita da colui che è proprietario sotto una condizione va soggetta naturalmente ad essa condizione; sicchè se fosse stata consentita dal compratore, svanirebbe coll'esercizio della facoltà del venditore; se da questo fosse stata accordata, rimarrebbe senza effetto se non esercitasse la facoltà. — È necessario adunque che sia consentita da tutti e due per essere efficace in qualunque ipotesi, cioè contro il compratore, se scorso il termine diventi proprietario, e contro il venditore, se eserciti la sua facoltà.

Ciò per altro avrà luogo non solo per la ipoteca, ma per qualunque altro dritto reale, e dovrà applicarsi in qualunque caso in cui un immobile appartenga ad una persona sotto condizione risolutiva (e in conseguenza ad un altro sotto condizione sospensiva).

Ma se la convenzione di ritogliere la cosa non si faccia nel contratto di vendita ma dopo, vi sarebbe una seconda vendita, non si scioglierebbe la vendita pria. Infatti in questo caso la vendita si è formata pura e semplice, il compratore è diventato proprietario irrevocabile; se dopo il venditore volesse riacquistare la sua cosa, si dovrebbe fare una seconda vendita, pagare nuovamente i dritti di mutazione, e rimarrebbero efficaci tutti i dritti reali che il compratore primitivo, ora venditore, avesse conceduto a terze persone.

1660 (1506). — La facoltà di ricomprare non può stipularsi per un tempo maggiore di anni cinque.

Se fu stipulata per un tempo maggiore, si riduce al termine predetto.*

1661 (1507). — Il termine fissato è perentorio, e non può esser prorogato dal giudice.

1662 (1508). — Se il venditore non eser-

* Quando si è stabilito un tempo per operarsi il trasferimento del dominio, il quinquennio per la ricompra decorre da questo tempo e non da dì del contratto. C. S. di Napoli, 24 marzo 18[illegible]

cili la sua azione di ricompra nel termine prescritto, il compratore rimane proprietario irrevocabile.

1663 (1509). — Il termine corre contra qualunque persona, ancorchè minore d'età; salvo il regresso, se vi sia luogo, contra chi vi è tenuto per dritto.

I. — La legge, affin di non lasciare lunga pezza in sospeso il dritto di proprietà, non permette di stipularsi la facoltà di retratto per un termine maggiore di anni cinque, il quale non può esser mai prorogato dal giudice, e corre contro qualunque persona, capace o incapace. Se il termine convenuto sia maggiore, si riduce di pieno dritto a cinque anni; ma se si fosse stipulato un termine più breve, potrebbero forse le parti estenderlo con una nuova convenzione, restringendolo sempre entro ai cinque anni dal dì della vendita? La maggior parte degli scrittori rispondono del sì (1); ma noi opiniamo il contrario insieme con Duranton (XVI-398). Infatti, si invoca indarno il secondo paragrafo dello art. 815 (734), il quale non ha che fare col caso nostro: esso è vero non permette di stipularsi la convenzione di indivisione per più di cinque anni, ma faculta al tempo stesso di rinnovarla indefinitamente; sicchè al postutto, con vari rinnovamenti successivi, potrà stipularsi per venti, trent'anni ed anche più, mentre il termine per esercitare la facoltà di retratto non può mai durare oltre a cinque anni. Inoltre abbiamo veduto, ed è ammesso dagli avversi scrittori (2), che il patto di retratto non può mai stipularsi *ex intervallo*, e che lo adempimento di una tale convenzione importerebbe una seconda vendita e non lo scioglimento della prima. Or se dopo essersi stipulato nella vendita il termine di tre anni per esercitare la facoltà del retratto, si volesse aggiungere un altro termine di due anni con una novella convenzione, questa sarebbe naturalmente fatta *ex intervallo*, ed avrebbe vaglia come vendita, non già come patto di retratto. Per altro quei medesimi scrittori riconoscono che, ove il venditore ritolga la sua cosa in forza della nuova stipulazione, i dritti reali concessi dal compratore rimangono integri, e che inoltre devonsi pagare una seconda volta i dritti di mutazione (3). Dopo tutto questo, come mai si può sostenere che quella non sia una rivendita, ma un semplice retratto, uno scioglimento della prima vendita?

II. — Del resto non è necessario che il venditore, nel termine stabilito, intenti una azione contro il compratore per esercitare la facoltà del retratto: l'art. 1662 (1508) parlando del non esercizio da parte del venditore, della *sua azione di ricompra*, intende semplicemente del suo *dritto di ricompra*. Basta che il venditore, prima di spirare il termine convenuto, fosse anche l'ultimo giorno, dichiari al compratore la sua volontà di ritogliere la cosa, offrendo di restituirgli le somme a cui ha dritto; e se il compratore si nieghi a ricevere le offerte, o frapponga qualche ostacolo, il venditore ha sempre dritto di agire in giudizio contro di lui, sebbene sia già scorso il termine convenuto. Nè crediamo punto necessario, come a torto insegna Duvergier (II-17), che le offerte debbano farsi in iscritto: esse, sebbene fatte a voce e in un modo irregolare, indicherebbero sempre la volontà del venditore di riprendere la cosa sua, restituendo quel che deve; però, ove lo esiga il bisogno, il venditore potrebbe renderle legali, o provarle, anche dopo spirato il termine. Per l'incontro noi opiniamo, insieme colle Corti di Bourges e di Nîmes, e contro all'idea di Troplong (II-718), che le offerte formali non sono indispensabili, e che basterebbe la dichiarazione fatta dal venditore al compratore della volontà di ritogliere la cosa

(1 2) Troplong (II-711 e 194); Duvergier (II-26 e 5); Zachariae (II, pag. 540, note 1 e 2).

(3) Cass. 22 brumaio anno XIV e 2 ag. 1808.

sua, poichè questa dichiarazione importerebbe di dritto la obbligazione che assume il venditore di restituire quello a cui è tenuto (1). Osserveremo solo che la dichiarazione, seguita o pur no da offerte, non potrebbe provarsi con testimoni, ove il debitore la nieghi, se la somma fosse maggiore di 150 fr. (articolo 1341 (1295)); la scrittura sarebbe solo necessario per questo oggetto.

1664 (1510). — Il venditore che ha pattuito la ricompra, può esercitare la sua azione contra un secondo acquirente, quando anche nel secondo contratto non si fosse fatta menzione del dritto di ricomprare.

1665 (1511). — Il compratore che ha convenuto la ricompra, esercita tutte le ragioni del suo venditore. Egli può prescrivere tanto contra il vero padrone, quanto contra coloro che pretendessero di aver ragioni o ipoteche sopra la cosa venduta.

1666 (1512). — Può opporre il beneficio della discussione a' creditori del suo venditore.

I. — Come abbiam detto, la vendita colla facoltà del retratto è una vendita sotto condizione risolutiva, che dà all'acquirente una proprietà risolubile : se questi dunque rivenda ad altri la cosa, trasferirà un dritto anche risolubile, ove trattisi d'immobile, ed il venditore potrà esercitare il retratto contro qualunque sottoacquirente, del pari che contro il compratore primitivo. Non importa se nel contratto con cui sia stato rivenduto l'immobile non si faccia parola della facoltà di retratto ; il novello acquirente avrebbe dovuto farsi presentare l'atto di acquisto ; la sua negligenza non potrebbe nuocere ai dritti del venditore. Se si trattasse di una cosa mobile, il semplice fatto del possesso di buona fede, come è risaputo, metterebbe il sottoacquirente al coperto dalla risoluzione (art. 2279 (2185)).

Però, siccome la vendita esiste fino all'avveramento della condizione che deve risolvere il contratto, il compratore dunque, finchè il retratto non si opera, goderà di tutti i dritti, come un compratore ordinario. Così, la prescrizione correrà in vantaggio di lui, durante il termine per il retratto, sia contro il vero proprietario della cosa se egli l'avesse acquistato *a non domino*, sia contro qualunque altra persona che potrebbe vantare sovr' essa dei dritti di servitù, d'ipoteca o d'altri. Egli inoltre, come qualunque altro acquirente, potrebbe opporre ai creditori ipotecari del venditore il beneficio della discussione regolato dagli art. 2170 e 2171 (2064 e 2065).

1667 (1513). — Se il compratore di una parte indivisa di un fondo col patto della ricompra è divenuto aggiudicatario del fondo intero per mezzo di una vendita all'incanto provocata contra di lui, può obbligare il venditore a ricomprare tutto il fondo, quando egli voglia far uso del patto.

I. — Nel caso preveduto da questo articolo, il venditore, ove abbia conservato la parte indivisa che ha venduto colla facoltà del retratto, potrà esser costretto, come lo è stato il compratore, o ad acquistare l'intiero immobile o a rilasciar la sua parte ; essendosi provocata la vendita all'incanto, il compratore non ha potuto conservare la sua parte che acquistando lo intiero immobile. È ben giusto adunque che il compratore sia costretto ugualmente a riprendere il tutto o nulla. Non sarebbe il medesimo se lo incanto fosse stato provocato dal compratore, i

(1) Rig., 25 aprile 1812; Douai, 17 dic. 1814; Besanzone 20 marzo 1819; Bastia, 10 genn. 1838; Nîmes, 31 marzo 1840 (Dev., 38, 2, 266; 40, 2, 319).

quale potrebbe allora essere obbligato a restituire la porzione statagli venduta, perchè egli di sua volontà abbia acquistato il dippiù.

1668 (1514). — Se più persone han venduto unitamente o con un sol contratto un fondo tra essi comune, ciascuno può esercitare l'azione di ricompra soltanto sulla parte che gli spettava.

1669 (1515). — Avrà luogo la stessa disposizione, se colui che solo ha venduto il fondo, avesse lasciato più eredi.

Ciascuno di questi coeredi può far uso della facoltà di ricomprare per quella sola parte che prende nella eredità.

1670 (1516). — Ma il compratore nei casi espressi ne' due precedenti articoli può esigere che tutti i venditori del fondo comune, o tutti i coeredi siano chiamati in giudizio, affinchè si concordino tra essi per la ricompra del fondo intero; e se non concordano, egli sarà assoluto dalla domanda.*

1671 (1517). — Se diversi proprietari di un fondo non l'abbiano venduto unitamente e per intero, ma ciascuno abbia venduto la sola sua parte, possono separatamente esercitar l'azione di ricompra sopra la porzione che loro apparteneva.

Il compratore non può astringere colui che in tal modo l'esercita, a ricomprare l'intero fondo.

I. — Quando può dividersi la cosa che si è venduta col patto di ricompra, si divide anche l'azione della ricompra, sì attivamente che passivamente, cioè per rispetto al venditore e al compratore.

Nei nostri quattro articoli si tratta della divisibilità attiva, nel seguente della passiva.

Sebbene possa dividersi l'azione contro il compratore, e ciascuno di più venditori, o di più eredi di unico venditore possa agire per la sola sua parte, pure il compratore che ha fatto in una volta l'acquisto, e ha contato di conservarlo, o restituirlo intero, può pretendere che la ricompra si eserciti per l'intero, e non a smozzicamenti. Quindi citato da uno degli aventi-causa, può chiamare gli altri in causa affinchè si concordino per la ricompra del fondo intero. Se uno o più non vogliano esercitarla per la loro parte, e nessuno riprendere intero il fondo per se, il compratore la ritiene.

Ma ciò potrebbe fare il compratore quando nessuno degli interessati volesse prendere intera la cosa pel rifiuto degli altri; avvegnachè poco monti se sia proposta l'intera ricompra da tutti gli aventi-causa accordatisi di farla insieme, ovvero da un solo.

La legge non vuole che il compratore, diversamente da ciò che ebbe in animo nel contratto, possa essere spossessato in parte; basta dunque che la cosa sia ripresa in intero, e da chi si fosse. Così fu sempre inteso nel dritto antico: e così è anche sotto il Codice, siccome sorge dalla disposizione dell'art. **1671 (1517)** nel quale prevedendosi il caso in cui può farsi la ricompra in parte, dicesi che il compratore non potrà costringere a *riprendere l'intero quell'uno* dei venditori che ne farà esercizio. — Il compratore adunque ha diritto a pretendere che il tutto sia ripreso, o da tutti gli interessati, o da un solo di essi (1).

Si noti poi che il compratore è in dritto di domandare intero o no il retratto, secondo la facoltà consentitagli dall'art. **1671**

* L'art. 1516 ll. cc. non è applicabile al cessionario di tutti i venditori che voglia esercitare la ricompra riservata: e se tra i venditori vi sia un minore, nella pendenza del giudizio di ratifica del medesimo è ben giudicato, che il compratore rilasci la quota de' maggiori, e resti sospeso il rilascio della quota del minore. C. S. di Napoli, 18 nov. 1852.

(1) Tiraquello (II, gl. 6, 37); Dumoulin (*De div.*, p. 3, 583); Fabro (C. lib. 3; tit. 25); Pothier (n. 397); Duranton (XVI-416); Troplong (II-749 e 750); Duvergier (II-35); Gilbert (art. 1670 (1516), n. 2); Grenoble, 24 luglio 1834 (Dev., 35, 2, 78).

(1517); e dove uno degli aventi-dritti dimandi, ed ottenga dal compratore di prendere la sua porzione, non può essere costretto a prendersi l'intero.

Su ciò non può cader dubbio per la disposizione dell'art. 1671 (1517), che tutti gli scrittori hanno sempre ben compreso; e per solo errore di fatto Gilbert nel riferire una decisione di Grenoble che giudicò in quel modo (1), dice che Troplong, Duvergier e Duranton si appiglino a contraria sentenza, mentre eglino svolgono quell'idea nella maniera più esplicita.

II. — Il compratore non può domandare il retratto intero, quando la cosa gli sia stata venduta separatamente da parecchi; cioè se con vari atti, ovvero se in un atto, ma con un prezzo distinto per la porzione dei comproprietari.

Il retratto potrebbe allora esercitarsi separatamente per ognuna delle porzioni distintamente vendute; e così avendo due venditori rilasciato ciascuno la metà dell'immobile, l'uno dei tre eredi che possa aver lasciato uno dei due, non potrebbe riprendere un sesto della cosa. Essendosi acquistate le due metà, la metà soltanto potrebbe riprendersi; avvegnachè la vendita di ciascuna metà sia governata dagli art. 1666 e 1670 (1512 e 1516) e non già dall'articolo 1671 (1517).

1672 (1518). — Se il compratore abbia lasciato più eredi, il diritto di ricompra può esercitarsi soltanto contro ciascuno per la sua parte, tanto se il fondo venduto sia ancora indiviso, quanto se gli eredi l'abbian diviso tra loro.

Ma se l'eredità si è divisa, e la cosa venduta sia caduta interamente nella porzione di uno degli eredi, l'azione *di ricompra* si può intentare contra di *lui per* l'intero

I. — In cotesto articolo si tratta della divisibilità dell'azione per rispetto ai compratori. Se siano di un compratore rimasti parecchi eredi, e la cosa duri indivisa, ovvero si sia divisa fra loro, nel tempo che l'azione si sperimenta, il venditore potrà agire contro ciascuno per la porzione che a lui spetta; agirà invece contro un solo di essi, se la cosa sia spettata per intero a lui.

La legge che sopra avea preveduto la vendita congiunta o non, non parla qui della compra fatta da più; qual sarebbe la regola?

Se i compratori non hanno acquistato congiuntamente, ma ognuno una parte con un prezzo distinto, sebbene in unico atto, il venditore dovendo agire contro ciascuno di loro per la rispettiva porzione, può domandare il retratto contro uno solo, nè questi può pretendere si faccia per l'intero. Ma se i compratori abbiano acquistato congiuntamente, bisogna distinguere: Se hanno acquistato l'immobile per *conservarlo* intero in comune fra loro, essi possono chiedere che il retratto sia intero: se poi lo hanno comprato per dividerlo, lo abbiano o no diviso, non potrebbero opporsi al retratto parziale, poichè hanno dovuto contare sullo smozzicamento dello immobile.

1673 (1519). — Il venditore che fa uso del patto di ricompra, dee rimborsare non solo il prezzo capitale, ma ancora le spese legittime fatte per la vendita, per le riparazioni necessarie, e quelle altresì che abbiano aumentato il valore del fondo, sino alla concorrenza di tale aumento.

Non può rientrare in possesso se non dopo di aver soddisfatto a tutte queste obbligazioni.

Quando il venditore rientra nel possesso del fondo in virtù del patto di ricompra, lo riprende esente da tutti i pesi ed ipoteche, di cui il compratore lo avesse gravato: è però tenuto a mantenere gli affitti fatti senza frode dal compratore.*

(1) *Vedi* la nota precedente.

* Per l'esercizio del patto di ricompra la legg

SOMMARIO

I. Rimando per la spiegazione di questo articolo. — Dritto di ritenzione del compratore. Obbligazione del venditore di rispettare gli affitti.
II. Quali cose deve restituire il compratore. Egli è tenuto ai danni-interessi per li deterioramenti avvenuti per sua colpa. Deve restituire l'alluvione e il tesoro: grave errore di Pothier. Secus *degli accrescimenti fatti da lui; che egli deve giustificarle.*
III. Come debbansi dividere i frutti tra il compratore e il venditore. Falsi sistemi degli scrittori specialmente di Pothier e Troplong.

I. — Sotto l'art. 1659 (1505) abbiamo spiegato le disposizioni del presente articolo, tranne ciò che concerne il dritto di ritenzione che ha il compratore, e l'obbligo del venditore di conservare gli affitti di buona fede del compratore.

I nostri antichi scrittori discordavano intorno al dritto di ritenzione. Gli uni, fra i quali Pothier, lo accordavano solo per le somme di presente liquide per cui il venditore potea farsi rilasciare il fondo, non essendosi ancor fatto liquido il conto del rimanente. Gli altri invece, massime Tiraquello, nel suo Trattato del retratto (I. p. 44), ammettevano che il compratore potesse ritener la cosa, sino a quando non si fosse reso liquido il conto e fatto il pagamento. Questa idea è stabilita nel nostro articolo, il quale dichiara assolutamente che il venditore non può entrare in possesso se non dopo adempite *tutte le obbligazioni* che sono state indicate nel periodo precedente (1).

I bisogni di una solerte amministrazione, e gl'interessi generali, massime quelli dell'agricoltura, hanno richiesto un' eccezione alla regola *soluto jure dantis solvitur jus accipientis*: perciò il venditore, dopo e non ostante l'esercizio del retratto, è obbligato conservare i fitti consentiti dal compratore, purchè non vi sia stata frode nè proposito di procurarsi un vantaggio a danno del venditore.

II. — Parla il Codice di ciò che dovrà restituire il venditore il quale eserciti la ricompra; ma nulla dice di ciò che dovrà restituire il compratore, sebbene intorno a questo sieno sorte vive controversie nel l'antico dritto.

Il compratore dovrebbe pagare al venditore i danni-interessi, se la cosa fosse perita per colpa di lui, e specialmente per non averla conservata. Ma dovrà il compratore rilasciare insieme con ciò che ha ricevuto, quel dippiù di cui si è accresciuto con gli alluvioni, e che delle volte potrebbe essere considerevole? Fra gli antichi dottori gli uni insegnavano che l'alluvione appartenesse sempre al venditore col patto di ricompra; gli altri, che spettasse al venditore solo essendo la vendita in massa, e al compratore, essendo quella a tanto per misura; il più, tra i quali Pothier, decidevano appartenesse sempre al compratore.

Di coteste tre dottrine stimiamo esatta la sola prima, nè sappiamo come il più degli antichi scrittori, e quel che è più, quel sommo giureconsulto di Pothier abbiano potuto seguire l'altra. Esercitato il retratto, la vendita si risolve, come se mai si fosse fatta: per cui il venditore essendo stato sempre il solo proprietario, l'alluvione è tornato in vantaggio di lui; avvenuto lo scioglimento della vendita, la cosa è stata sempre sua, e così del pari lo accrescimento di essa. Pothier ha dovuto negare che si risolvesse la vendita: « Il retratto — egli dice — scioglie il contratto per lo avvenire, ma non mai per lo passato (numero 403). » Ma come questa eresia in bocca di Pothier? Come non vedere che così egli rinnegava i principi stabiliti altrove da lui, mutava lo scioglimento della vendita in una vera rivendita, il *distractus* in *novus contractus*, e rovesciava con una parola tutti i principi della materia? Il con-

non vuole a pena di decadenza una offerta completa anteriore al decorrimento del termine. C. S. di Napoli, 10 genn. 1827.
— La trascrizione della vendita è necessaria per renderla efficace verso i terzi; epperò colui che esercita il diritto di ricompra, debbe soddisfarne la spesa. C. S. di Napoli, 1 maggio 1852.

(1) Troplong (II-762); Duvergier (II-51).

tratto si risolve non solo per l'avvenire, ma e per il passato; il che sorge dagli art. 1183, 1662 e 1673 (1136, 1508 e 1519); nè c'è a meravigliare che il dritto del venditore sull'alluvione sia stato proclamato da tutti gli scrittori sotto il Codice, senza toglierne neppur uno (1).

Per medesimezza di ragione, il venditore che esercita la facoltà di ricompra avrà dritto alla metà del tesoro attribuito *jure soli* al proprietario del fondo in cui è nascosto; il compratore, se lo abbia scoperto, avrà dritto solo all'altra metà. La contraria dottrina ammessa da Pothier per esser conseguente a se stesso, è falsa pel medesimo motivo sopraccennato.

Se il compratore abbia accresciuto il fondo con novelli acquisti o altrimenti, avrà dritto a ritenere quel che è suo; però diciamo con Troplong (II-767), ove l'atto di vendita non indichi chiaramente la vera estensione del fondo comprato, il compratore dovrà provare che la tale o tal parte vi è stata aggiunta da lui, e che quindi gli appartenga. Per vero, quando queste porzioni aggiunte siano riunite collo immobile in modo da formare in apparenza un sol tutto, il venditore il quale voglia esercitare la sua facoltà riprendendo l'immobile venduto, si riputerà fino alla prova contraria, di aver dritto a tutte le parti che lo compongano; sicchè spetta al compratore giustificare i suoi dritti.

III.—Gli antichi scrittori aveano molto controverso, nè gli interpreti del Codice son punto di accordo, se i frutti prodotti dallo immobile dal tempo della vendita a quello del retratto, o pendenti in esso immobile debbano attribuirsi al compratore o al venditore. Su tal riguardo si è sempre detto non doversi qui applicare il principio della risoluzione (secondo il quale il compratore dovrebbe restituire tutti i frutti al venditore, il quale alla sua volta dovrebbe restituirgli tutti gli interessi del prezzo; e che le parti debbansi riguardare aver tra di loro tacitamente consentito di compensare gli interessi e i frutti. Ma come deve intendersi e regolarsi questa compensazione? Il compratore forse dovrà sempre prendere i frutti raccolti, e niente più di questo, per quanto grande sia la proporzione in più o in meno fra il tempo in cui egli ha avuto il godimento dello immobile, e il venditore del prezzo? Gli scrittori, sì prima che dopo il Codice, hanno adottato sempre contrarie sentenze. Pothier (n. 408) insegna che il compratore debba restituire tutti i frutti che erano pendenti al tempo della vendita, e che quindi il venditore possa trattenersi una parte in proporzione del prezzo, perchè, egli dice, quando determinavasi il prezzo si dovrebbe naturalmente mettere anche a calcolo il valore di quei frutti; altri al contrario, fra cui Troplong (II-769), dicono che il compratore non debba restituire mai nulla, per quanto breve sia stato il godimento, quand' anche fra due mesi abbia raccolto i frutti d' una intiera annata. Nè si è meno discordi in quanto ai frutti pendenti al tempo del retratto: alcuni li attribuiscono esclusivamente al venditore, senza nulla rimborsare al compratore; altri poi, fra i quali *Pothier* (n. 409), accordano al compratore un indennità per le spese di coltura; altri infine, e specialmente Tiraquello (§ 5, gl. 1. 5), Coquille (quist. 304) e Troplong (numero 770), dicono doversi questi frutti dividere secondo la parte scorsa di tempo.

Or tutti questi sistemi non solamente sono discordi fra loro, ma qualcuno è anche incoerente e contraddittorio. Infatti, come mai Pothier può negare al compratore non

(1) Delvincourt (t. III); Proudhon (*Dominio pubblico*, IV-1297); Duranton (XVI-425); Garnier (*Regime delle acque*, I-242); Troplong (II-766); Duvergier (II-55); Filippo Dupin (*Enciclop.*, alla parola *Alluvione*, 32); Zachariae (II, p. 542).

Dobbiam dire, a scusare Pothier e gli altri che professano la sua dottrina, che essi furono trascinati a così enorme violazione di principî per motivi di equità. Ma anche ciò prova come quest'uso sia funesto nello studio del dritto, in cui bisogna dedurre logicamente i principî e trarne le loro conseguenze. E noi siam lieti che Duvergier, accusando di questa funesta abitudine alcuni dei nostri più sommi giureconsulti, abbia con grande forza annunziato, ciò che per altro noi avevamo tante volte detto, *che le ragioni di equità e le considerazioni particolari sono mortalmente nemiche delle vere soluzioni scientifiche.*

solo il ricolto pendente al tempo della vendita, ma anche quello pendente al tempo del retratto? Non è egli manifesto che per negarglisi il secondo, gli si debba accordare il primo? E non cade in contraddizione anche Troplong accordandogli *tutto* il primo ricolto, ed il secondo semplicemente *pro rata temporis*? Poniamo per caso che il venditore, dopo il retratto, raccolga una intiera annata, di cui due terzi appartengono al compratore, perchè erano già corsi otto mesi quando si esercitava la facoltà di ricompra; secondo Troplong questi frutti apparterrebbero per due terzi al compratore, e per un terzo al venditore: e non è egli chiaro dopo questo, che i frutti pendenti al tempo della vendita dovranno (ove il dritto di godimento del compratore duri soltanto quattro mesi) attribuirsi a costui per un terzo, e al venditore per due terzi? Al postutto il buon senso impone che si abbracci l'uno o l'altro sistema. O si dovrà dire che il compratore e il venditore prenderanno nè più nè meno i frutti percepiti durante il loro godimento, di guisa che il compratore prenderà sempre tutti quelli pendenti al tempo della vendita, e il venditore tutti quelli pendenti al tempo del retratto, applicando a questo caso la regola dell'art. 585 (510); o che tutti i frutti, in qualunque tempo si raccolgano, apparterranno a ciascuna delle parti, secondo il tempo che è durato il suo dritto di godimento.

Questi sarebbero i due soli sistemi che in buona logica potrebbero adottarsi. Ma quale si dovrà preferire? Noi ci accostiamo al secondo.

La regola dell'art. 585 (510), giustissima in materia d'usufrutto, ove le due parti corrono il medesimo rischio, non può ammettersi nel nostro caso, in cui il venditore è libero di fare cessare il godimento del compratore quando che voglia, il giorno precedente al ricolto che egli prenderà tutto intero a danno del compratore.

Tutto questo per altro dovrà regolarsi secondo l'intenzione comune delle parti, che è naturalmente che ciascuna di esse debba ugualmente trattarsi; sicchè i frutti che si rilasciano all'una, in compenso degli interessi che gode l'altra parte, dovranno come questi calcolarsi secondo la durata del dritto di godimento.

Adunque se questo dritto di godimento, esercitato sull'immobile dal compratore e sul prezzo dal venditore, cioè se il tempo dalla vendita al retratto duri un anno, il compratore avrà dritto all'intiera raccolta annuale e niente più di questo. Se corrano parecchi anni interi, egli avrà dritto ad altrettanti ricolti. Se per l'incontro, sia corsa una porzione di un'annata, per esempio tre mesi (non importa se questi tre mesi formino l'intiero godimento o si aggiungano ad una o più annate già corse), il compratore avrà dritto soltanto ad un quarto del ricolto, e il venditore agli altri tre quarti, non importando se si faccia dall'uno o dall'altro (1).

Aggiungiamo infine che le parti possono, con convenzioni speciali (che qui sono a desiderarsi più che altrove, atteso lo stato della dottrina su questa materia), derogare ai principî sopra indicati, regolando a piacere i loro dritti rispettivi. Se però la cosa venduta non produca frutti, o almeno non debba produrne durante il termine convenuto per la ricompra, come se fosse un bosco solito tagliarsi ad ogni nove anni, e che è stato tagliato da due anni prima della vendita; ovvero un ricolto annuale fatto prima della vendita (essendo di sei mesi il termine convenuto per il retratto), il compratore si reputerà avere virtualmente rinunziato a qualunque percezione di frutti, onde compensare gl'interessi perduti per lo esercizio della facoltà del retratto.— In tal caso spetta a lui stipulare o un prezzo di ricompra maggiore di quello della vendita, o la restituzione degl'interessi. Se speciale convenzione non vi sia, egli si reputerà aver sacrificato gl'interessi o per il

(1) *Conf.* Duvergier (II-57); Zachariae (II, pagina 523).

diletto che la cosa gli ha potuto procurare, o per l'evento di ottenere diffinitivamente quella cosa che tanto a lui conveniva.

SEZIONE II.

DELLA RESCISSIONE DELLA VENDITA PER CAUSA DI LESIONE.

1674 (1520).—Se il venditore sia stato leso oltre i sette dodicesimi nel prezzo di un immobile, ha il dritto di chiedere la rescissione della vendita quando anche nel contratto avesse rinunziato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione ed avesse dichiarato di donare il dippiù del valore.*

SOMMARIO.

I. Rescissione per causa di lesione. Essa ha luogo nelle vendite di immobili corporali ed incorporali: controversia. — Quid *di una vendita di mobili ed immobili?*
II. Inesatta dottrina degli scrittori intorno alle vendite aleatorie.
III. Nullità della rinunzia all'azione di rescissione fatta dal compratore nel contratto. Quid *della rinunzia posteriore? si discorda da Troplong e Duvergier.*

I. — Allorchè si venda un immobile per un prezzo minore di cinque dodicesimi del suo valore, la legge, supponendo che il venditore abbia aderito ad una lesione così esorbitante per essersi trovato in uno stato tanto falso ed imbarazzante da non potere agire con tutta libertà, gli permette quindi di fare annullare la vendita, perchè consentita per errore e per una specie di violenza esercitata sopra di lui dalle circostanze.

Questo principio di eccezione è rigoroso riguarda solo la vendita d'immobili, non mai quella di cose mobili, massime di un ufficio ministeriale (1). Ma dovrà estendersi a tutti gl'immobili o ai soli corporali? Zachariae (II, pag. 545) siegue quest'ultima idea, cavando argomento dagli articoli 1675, 1681 e 1682 (1521, 1527, e 1528); ma in essi articoli nulla si dice di preciso in tal riguardo: la legge non fa alcuna distinzione, sicchè noi crediamo col più degli scrittori doversi ammettere la rescissione per le vendite d'immobili, corporali o incorporali (2).

Se si fossero venduti insieme e per un medesimo prezzo mobili ed immobili, bisognerebbe in tal caso distinguere, qual sia la parte nello intero prezzo che riguardi gl'immobili, e vedere quindi se siavi o pur no lesione di oltre ai sette dodicesimi.

II. — Si è fatta quistione se debba ammettersi la rescissione nelle vendite di un usufrutto, d'una nuda proprietà, o consentite per una rendita vitalizia. A giudicarne dalle tante spiegazioni date dagli scrittori, la quistione parrebbe ben difficile: ma essa tutto al contrario è semplicissima, e la difficoltà è nata per averla stabilita con parole improprie. Si è detto: « In una vendita aleatoria non si può dar luogo a rescissione, poichè avuto riguardo all'incertezza tanto da parte del compratore che da parte del venditore, di pagare o ricevere più o meno del valore reale, nè l'uno nè l'altro potrebbe dolersi di lesione. Or, seguono a dire gli scrittori, la vendita che ha per oggetto una rendita vitalizia, un

* Il nostro art. 1520 è così concepito:
« Se il venditore sia stato leso oltre la metà nel prezzo, di ec. »

(1) Rig., 17 maggio 1832 (Dev., 1832, 1, 849).

(2) Duranton (XVI-443); Troplong (II-793); Duvergier (II-73). — Nondimeno, se si trattasse di una vendita il cui prezzo fosse stato determinato da terze persone, giusta l'art. 1592 (1437), l'azione in rescissione non potrebbe più ammettersi. Bordeaux, 23 luglio 1853 (Dev., 54, 2, 427). — Troplong (I-158); Duvergier (I-157); Delamarre e Lepoitevin (III-92 e seg.). — *Vedi* intanto Delvincourt (III. p. 355); Duranton (XVI-116).

usufrutto, o una nuda proprietà è aleatoria, poichè non potendosi conoscere quanto tempo durerà la rendita vitalizia, l'usufrutto che acquista il compratore o che grava la cosa venduta, non si può quindi fare un raffronto fra il prezzo e il valore della cosa. In tutte queste vendite adunque non potrà ammettersi la rescissione per causa di lesione (1) ».

Ciò è erroneo... E in vero, se un vecchio ad ottanta anni venda per una rendita vitalizia di 1,200 fr. all'anno, un immobile di 1,000 fr. di rendita netta, il cui valore sia da 48 a 50,000 fr., è manifesto che in tal caso il contratto si potrà rescindere, poichè, se pure il venditore vivesse fino a cento o cento dieci anni, il compratore, coi 200 fr. all'anno dippiù che ha dovuto supplire, non pagherebbe altro in capo a trent'anni che 6,000 fr., che di unita agli interessi formerebbero meno di due dodicesimi del valore dello immobile: e la legge ammette la rescissione per cinque dodicesimi!.... E pure gli scrittori, dopo avere stabilito come preteso principio che le vendite di cui si tratta non possano rescindersi per lesione, finiscono con dire che non pertanto dovrebbe pronunziarsi la rescissione, se la lesione di più di sette dodicesimi sarebbe certa. Ma che dottrina è questa? Forse che in *tutte* le vendite d'immobili non sia il medesimo? Non è egli noto che in *qualunque* vendita non può ammettersi la rescissione, finchè non sia certa la lesione di più di sette dodicesimi?..... È veramente incredibile che tanti scrittori siano incorsi in siffatto scambio di parole (2).

Certo, assolutamente parlando, le vendite di cui trattasi presentano incertezza di perdita o di guadagno, e quindi contratto aleatorio; poichè il compratore pagherà più o meno (o, quel che vale il medesimo, avrà per lo stesso prezzo una cosa di grande o di poco valore), secondo che la morte del creditore del vitalizio o dell'usufrutto abbia luogo prima o dopo; ma non qualunque incertezza di pagare *più o meno* fa escludere la lesione, ma solo l'incertezza di pagare *più o meno del valore della cosa venduta*. Allora infatti dall'una parte e dall'altra si corre l'evento di un guadagno o d'una perdita, che si compensano fra loro, e per cui nessuna può dirsi lesa; ma se vi sia la sicurezza di una certa perdita dall'una parte (e dall'altra di un certo guadagno), tanto che l'evento non in altro consista che nell'avvenimento di una perdita maggiore (e di un maggiore guadagno), in tal caso non havvi parità; che anzi la lesione diviene più grande e manifesta. Per modo d'esempio, se si venda per 40,000 fr. un immobile del valore di 80,000, evvi lesione per il venditore: non ve ne sarebbe se il prezzo, secondo le circostanze, può essere di 40,000 ovvero di 80, 000; ma se il prezzo possibile di 40,000 (cioè da meno del valore della cosa) non può montare ad 80,000, ma assottigliarsi sempre fino a 20,000, questo evento accrescerebbe, non toglierebbe la lesione.

Quando dunque in una vendita vi sia evento, *alea*, bisogna distinguere: se l'evento consista fra il guadagno e la perdita, e allora non vi sarà lesione; ma se consista fra una perdita e una perdita maggiore per la medesima parte, questa sarà certamente lesa; se infine concorrano queste due circostanze, cioè che la perdita, presa nel suo *minimum* eventuale, sia di più di sette dodicesimi del valore della cosa, e che tocchi al venditore, in tal caso vi sarà luogo a rescissione. Non basta dunque, per escludere la rescissione, che vi sia un evento qualunque di pagare *più o meno*, bisogna oltracciò che lo evento sia

(1) *Vedi* Merlin (*Rep.*, alla parola *Lesione*, § 1, n. 8); Proudhon (*Usuf.*, II-899); Duranton (XVI-441 a 444); Troplong (II-791 a 793); Duvergier (II-75); Zachariae (II, pag. 546); Riom, 26 maggio 1826; Angers, 21 febbr. 1828; Rig., 1 apr. 1829; Montpellier, 6 maggio 1831; Rig., 30 maggio 1831; Rig., 15 dic. 1832; Bourges, 11 febb. 1840 (Dev., 31, 1, 217, e 2, 214; 33, 1, 394; 41, 2, 54).

(2) *Vedi*, oltre gli scrittori citati nella nota precedente: Grenoble, 18 apr. 1831; Cass., 22 febbraro 1836; Nancy, 2 agosto 1837; Rennes, 26 giugno 1841 (Devill., 36, 1, 186; 39, 2, 183; 41, 2, 560). — Zachariae specialmente fa veder chiarissimo il controsenso in cui cade (*loc. cit.*). — *Vedi* pure le citazioni fatte da Gilbert e la sua osservazione (art. 1674 (1520), n. 8).

di pagare *più o meno dei cinque dodicesimi del valore della cosa.*

III. — Il cattivo stato degli affari di un venditore e il bisogno di danaro, che spesso lo determinano a vendere il suo immobile a vil prezzo, l'avrebbero anche certamente determinato a dichiarare nel contratto di rinunziare a qualunque azione di rescissione, ed anche che egli donasse al suo acquirente la differenza tra il prezzo della vendita e il valore della cosa venduta. Se tali clausole fossero permesse. noi le vedremmo senza meno inserite in tutte le vendite consentite a vil prezzo; per cui il Codice ha saggiamente seguito le orme della nostra antica giurisprudenza, rendendo inefficace una simile rinunzia.

Il nostro articolo parla solo della rinunzia fatta nel contratto; si dovrà dunque dire per questo che qualunque altra rinunzia fatta con atto posteriore sarebbe valida? Toullier (VIII-505), Troplong (II-798) e Duvergier (II-77) dicono che sì; ma noi non sapremmo ammettere assolutamente questa idea. La restrizione del nostro articolo importa è vero che la rinunzia posteriore non sarà sempre e necessariamente nulla, come quella fatta nel contratto; ma bisogna ammettere che lo sia qualche volta. — Se per modo d'esempio la rinunzia posteriore sia fatta gratuitamente o per una somma che, unita al prezzo di vendita, non forma nemmeno i cinque dodicesimi del valore dello immobile, e quando ancora il venditore non abbia ricevuto il prezzo della vendita, in tal caso essa sarà manifestamente nulla. Insomma, la rinunzia posteriore dovrà dichiararsi nulla o valida secondo i casi: spetta al giudice osservare in fatto se il venditore, rinunziando, abbia usato liberamente della sua volontà, o se vi abbia consentito per la medesima ragione per cui consentiva la vendita (1).

1675 (1521 M). — Per conoscere se vi è lesione oltre sette dodicesimi, si dee stimare l'immobile, secondo il suo stato e valore al tempo della vendita.*

1676 (1522). — La domanda non è più ammessa, spirati due anni dal giorno della vendita.

Questo termine corre contra le donne maritate e contra gli assenti, gl'interdetti ed i minori che hanno causa dal venditore di maggior età.

Lo stesso termine corre, e non si sospende, durante il tempo stipulato per la ricompra.

I. — Il legislatore non ha creduto di accordare un termine troppo lungo per lo esercizio della facoltà di far rescindere la vendita consentita a vil prezzo. Affin di non lasciare lunga pezza nella incertezza il diritto di proprietà, la legge ha stabilito che l'azione si prescrive in due anni, i quali correranno dal giorno della vendita contro qualunque persona, fosse pure di quelle per cui d'ordinario si sospende la prescrizione.

Questa regola però non si potrebbe applicare per il minore che abbia venduto in nome suo, la cui azione (oltrechè avrebbe luogo per qualunque lesione, anche minore di sette dodicesimi) dura dieci anni (articoli 1304 e 1305 (1258 e 1259)); il Codice quindi ha parlato dei soli minori che hanno causa da venditori di maggiore età.

Oltracciò, in qualunque tempo l'*azione si* sperimenti, bisogna considerare non quanto valga presentemente l'immobile, ma quanto valesse al tempo della vendita, per vedere se vi sia o pur no la lesione di più *di sette* dodicesimi. Non si dovrà dunque badare agl'incrementi o miglioramenti fatti dappoi nell'immobile, ma si dovrà stimare secondo il suo stato e valore al tempo della vendita.

(1) Fabro (C. lib. 4, tit. 30, def. 23); Delvincourt (t. III); Duranton (XVI-436 e 437); Zachariae (II, p. 546, nota 3). — *Vedi* Cass., 19 dic. 1853 (Dall., 54, 1, 31).

* Il nostro art. 1521 è così concepito:
« Per conoscere se vi è lesione oltre la metà si dee, ec. ».

II. — Scorsi due anni dal tempo della vendita, non potrà più ammettersi l'azione di rescissione; essa non potrà nemmeno ammettersi, se l'immobile sia perito senza colpa del compratore, essendo impossibile che si restituisca l'immobile, il quale più non esiste; sicchè il venditore non avrebbe interesse ad agire. Non sarebbe così, se il compratore fosse in colpa della perdita della cosa, poichè allora il venditore avrebbe diritto ed interesse a comprovare i fatti, e far condannare il compratore, il quale per sua colpa ha reso impossibile la restituzione della cosa.

Ma che decidere quando l'immobile sia perito, senza colpa del compratore, dopo essere stato rivenduto da lui per un prezzo maggiore? I nostri antichi scrittori, e dopo il Codice Troplong (II-826), insegnano, ed a ragione secondo noi, che il venditore possa *in tal* caso far pronunziare la rescissione, perchè egli ha avuto sempre la proprietà della cosa venduta, e perchè quindi il prezzo deve essere a lui restituito dal compratore, il quale lo ha indebitamente ricevuto. Duvergier (II-103) si oppone a questa dottrina, dicendo che il venditore non potrebbe ciò pretendere che dopo pronunziato lo scioglimento; or questo scioglimento non può più domandarsi, perchè sarebbe impossibile restituire la cosa che più non esiste. Ma è questo un errore, confutato dallo stesso Duvergier. L'azione di rescissione non ha mai *necessariamente e immediatamente* per oggetto la restituzione dello immobile, ma lo annullamento della vendita; il venditore, come conseguenza dello annullamento, pretende secondo i casi o la restituzione dello immobile, se ancora esista, o una determinata somma per motivi risultanti dalla dichiarata nullità della vendita. Ciò è riconosciuto da Duvergier, il quale contraddicendo a se stesso, insegna (n. 102) che il venditore possa agire per la rescissione, *benchè l'immobile più non esista*, se sia perito per colpa del compratore.

1677 (1523). — La pruova della lesione non potrà essere ammessa senza una decisione, e soltanto nel caso che i fatti articolati fossero bastantemente verisimili e gravi per far presumere la lesione.

1678 (1524 M). — Farà parte della pruova una relazione di tre periti, i quali saran tenuti di stendere un solo processo verbale comune, e di formare un solo giudizio a pluralità di voti.*

1679 (1525). — Se vi siano dispareri, il processo verbale ne conterrà i motivi, senza che sia permesso di far conoscere di qual sentimento sia stato ciascun perito.

1680 (1526). — I tre periti saranno nominati *ex officio*, purchè le parti non sieno state di accordo nel nominarli tutti e tre unitamente.

SOMMARIO.

I. La rescissione non può dichiararsi se prima non si sia ordinata con una sentenza la prova della lesione per mezzo della perizia.
II. Sarà pur così, quantunque il giudice sia convinto della esistenza della lesione: errore di Troplong e di Duvergier. — Ma il giudice non è mai obbligato a conformarsi alla relazione dei periti.

I. — La legge vieta ai tribunali di pronunciare immediatamente la rescissione, accogliendo *de plano* la prova della lesione che potrebbe offrirsi dal venditore; essa richiede che il venditore sia ammesso con una prima sentenza a pruovare la lesione

* Il nostro art. 1524 è così concepito:
« Tal pruova non potrà farsi altrimenti che con una relazione di tre periti, ec. ».

(con una perizia fatta secondo gli articoli 1678-1680 (1524 M-1526)), dopo di che si pronunzierà la rescissione dal tribunale con una seconda sentenza, se sia abbastanza provata la lesione di oltre a sette dodicesimi.

II. — Troplong (II 830) e Duvergier (II-106) insegnano non doversi applicare questa regola, e potersi pronunziare la rescissione con unica sentenza, ove i giudici credessero abbastanza provata la lesione. Errore. Infatti, non solo i nostri quattro articoli, che nel progetto erano segnati coi nn. 97-100, stabiliscono intorno a ciò una regola assoluta a cui la legge non deroga menomamente; ma anche cotesta eccezione era stata prima ammessa, e poi rigettata quando si compilò diffinitivamente la legge.

Nel progetto, dopo i nostri quattro articoli, veniva l'articolo 101 che diceva: « Potranno ciononpertanto i giudici rescindere un atto di vendita senza la stima dei periti, quando sarà provata una sufficiente lesione; » il quale articolo fu ammesso ad unanime voci dal consiglio di Stato. Ma il Tribunato censurando la eccezione, chiese venisse tolta, onde rimanere assoluta la disposizione dell' art. 97 (oggi art. 1677 (1523)). « Non basta, fu detto, che i giudici possano decidere se vi sia o pur no lesione; nell'affermativa, dovrebbero anche conoscere il valore dell' oggetto venduto, affinchè l'acquirente che voglia ritenere la cosa, pagando il dippiù del giusto prezzo, ne sapesse lo ammontare ». Conseguentemente l'articolo fu tolto (*Fenet*, XIV, p. 17, 50, 89). Troplong e Duvergier si studiano a negare che dalla soppressione si possa cavare quel risultamento. Primieramente dice Troplong, dovrebbe esservi un testo che neghi al giudice il dritto di decidere quando si crede abbastanza informato. Il testo manca; gli art. 1677, 1678 (1523, 1524 M), nei quali par si contenga il divieto, non sono stati dettati in questo senso, avvegnachè l'uno e l'altro esistessero insieme con l' art. 101, dal quale espressamente era accordata la facoltà. Strano argomento! Non è dubbio che i due primi articoli esistevano insieme col terzo; quelli stabilivano un principio, e questo conteneva la eccezione. Sarebbe necessaria — diceva l'uno — una prima sentenza onde ammettere la prova della lesione. Questa prova, diceva l'altro, non può farsi che con una perizia; dopo di che aggiungeva il terzo: Il giudice potrà nondimeno decidere immediatamente, se egli è già abbastanza informato. Ma se per questo caso fu dettata l'eccezione, esso era certamente compreso nella regola; dalla quale sarà governato, venuta meno la eccezione. Duvergier dice a sua volta, che forse si cassò l'art. 101 senza il disegno di impedire che i giudici decidessero immediatamente la rescissione nel nostro caso, e perchè era esso così evidente da non valer la pena di dichiararlo espressamente. — Siffatto argomento è di nessun rilievo, sapendosi il motivo per cui fu chiesto ed ottenuto che si togliesse via. — Aggiungono infine i nostri due scrittori, che essendosi tolta quella eccezione per istabilire il supplimento del prezzo che dovrebbe pagare il compratore il quale volesse conservare l' immobile (articolo 1681 (1527 M)), non si contraffarrebbe a questa idea se si decidesse immediatamente la rescissione, ordinando poi la perizia, ove il compratore intendesse conservare l' immobile pagando il supplimento. Ma non meno infondato del primo è questo argomento. La eccezione fu tolta, qualunque ne sia stato il motivo; per cui bisogna in ogni caso applicare la regola. Forse il Tribunato avrebbe potuto modificare la eccezione, anzichè toglierla; ma ciò è fuori la quistione; noi non possiamo rifare la legge, ma prenderla tal quale. Gli è fermo che la eccezione fattasi prima, per una lesione già provata, alla regola che vuole precedano la sentenza e la perizia, fu poi cassata, affinchè *si stesse*, si è detto, alle disposizioni degli art. 97 e 98 (oggi articoli 1677, 1678 (1523, 1524 M). Non può dunque esservi più dubbio.

Del resto il tribunale, che è costretto ordinare una perizia, quando la *domanda* può essere accolta, non deve conformarsi alla relazione. Può nominare di officio altri pe-

; egli può, come fu detto nel consiglio Stato da Tronchet e dal primo Conso- scoprire la verità con altri mezzi, come gli atti di vendite, di divisioni, di af- , e da altre circostanze, e così ricono- re la lesione di oltre a sette dodicesimi, nostante la perizia che la negasse, ov- o non riconoscerla, nonostante la peri- zia che l'ammettesse. La contraria opinione di Carrè (Proc. civ., I-1220) è erronea e rigettata a buon dritto dagli scrittori e dalla giurisprudenza; il giudice deve sempre sen- tenziare secondo il proprio convincimento, o la sua opinione personale, e non pel con- vincimento o l'opinione d'altrui (1).

1681 (1527 M).—Nel caso che l'azione rescissione venga ammessa, il compra- e ha la scelta o di restituire la cosa, irando il prezzo che egli ha pagato, o ritenerla pagando il supplimento del giu- o prezzo, colla deduzione di un decimo del ezzo totale.

Il terzo possessore ha lo stesso dritto, lvo il regresso contro il suo venditore.*

1682 (1528).—Se il compratore elegge ritener la cosa pagando il supplimento, a norma del precedente articolo, è tenuto all'interesse del supplimento medesimo dal giorno della domanda di rescissione.

Se preferisse di restituirla e di ritirarne il prezzo, egli dee i frutti dal giorno della domanda.

L'interesse del prezzo che egli ha pa- gato, si dee parimente calcolare a di lui benefizio dal giorno della stessa domanda, e dal giorno del pagamento, se non abbia riscosso alcun frutto.

SOMMARIO.

Il compratore può arrestare l'effetto naturale della rescissione, pagando il supplimento del giusto prezzo, dedottone un decimo. Questa è per lui una semplice facoltà, e l'azione del venditore è sempre immobiliare: errore della Corte di cassazione.—Quest' azione è personale, reale o mista secondo i casi: rimando.

. Quid *se il compratore vuol conservare l'immobile?—Quali restituzioni debbono farsi dall'una parte e dall'altra nel caso contrario.*

III. *La rescissione annulla la vendita retroattivamente: conseguenze. L'amministrazione non è tenuta a restituire il dritto di mutazione; ma non può pretenderne altro: errore della Corte di cassazione.*

1. Quando la vendita è stata rescissa, leggieri si comprende che le cose deb- mo tornare nel medesimo stato in cui ano innanzi la vendita, la quale sendo nullata si ritiene legalmente come se non bia mai esistito. Ma sta nella facoltà del mpratore che ciò abbia luogo, potendo gli ritenere l'immobile col pagamento del ppiù del giusto prezzo, dedottone il de- imo. Così un immobile di 60,000 franchi enduto per 20,000, potrà conservarsi dal ompratore pagando altri 34,000 fr., che uniti ai 20,000 farebbero 54,000 franchi, cioè l'intero prezzo di 60,000, meno il de- cimo. Non si creda che sia questa una ob- bligazione alternativa, cotalchè il dritto del venditore che vuole la rescissione sarebbe mobiliare o immobiliare, secondochè il com- pratore vorrà pagare il supplimento del prezzo, ovvero restituire l'immobile; il di- ritto del venditore, e l'obbligo del compra- tore hanno per solo fine la restituzione del- l'immobile; il pagamento del prezzo è sol- tanto *in facultate solutionis*. Adunque il

(1) Art. 322 e 323 (416 e 417) Cod. proc. civ.; erlin (*Rep.*, alla parola *Perizia*, n. 2); Duranton (VI-451); Troplong (II-835); Duvergier (II-113); hauveau (sopra Carrè, *loc. cit.*); Zachariae (II, . 543); Nîmes, 12 piovoso, anno XIII; Grenoble, 18 aprile 1831; Rig., 31 marzo 1840 (Dall., 32, 2, 88; Dev., 40, 1, 304).

* Il nostro art. 1527 è così concepito:

« Nel caso... , o di ritenerla pagando il suppli- mento del giusto prezzo. Il terzo possessore, ec.»

dritto del venditore è immobiliare; nè sappiam capire come la Corte di cassazione abbia potuto giudicare che mobiliare sia l'azione rescissoria (Rig., 23 pratile anno XII; Rig., 14 maggio 1806). Imperdonabile eresia, giacchè un'azione è mobiliare e immobiliare se riferiscesi *ad quid mobile*, o *ad quid immobile* (1).

Se non è dubbio che l'azione sia immobiliare, è anche certo, sebbene molto controverso, che sia mista contro il compratore, il quale è tuttavia in possesso, personale contro colui che l'avrebbe perduto, e reale contro il sottoacquirente; per cui dev'essere sperimentata, nel primo caso, innanzi il tribunale del luogo ove la cosa è sita; nel secondo, innanzi quello del domicilio del compratore; nel primo, a libito del venditore, innanzi l'uno o l'altro di questi tribunali. La medesima controversia si fa, e similmente deve essere risoluta, per l'azione onde risolversi la vendita per manco di pagamento del prezzo; per ciò noi rimandiamo al commentario dell'art. 1656 (1502), n. V (2).

II. — Il compratore che vuol conservare l'immobile, pagando il supplimento del prezzo, deve inoltre pagare gl'interessi del supplimento dal dì della domanda fatta dal venditore. Potrebbesi dire, come insegnavano parecchi antichi scrittori, che gl'interessi dovessero correre dal dì della vendita, giacchè il venditore ha dritto a tal supplimento (ove l'immobile non si restituisca), per effetto della vendita a vil prezzo consentita! Ma il nostro legislatore, il quale fu indotto quasi di malo animo ad ammettere la rescissione per lesione, non volle trattare il compratore con troppa severità, e antepose la dottrina di altri scrittori, secondo cui il compratore dovea risguardarsi come se avesse potuto ignorare il vizio del suo acquisto, fino al giorno in cui conosce la viltà del prezzo per l'azione sperimentata dal venditore, e gl'interessi quindi doveano correre da allora. — Si comprende che il dritto di mutazione pagato prima sulla tassa del prezzo di vendita, sarà esatto in ragione del supplimento.

Se per l'incontro il compratore lascia annullare la vendita, facendo produrre alla sentenza di rescissione il suo effetto naturale, egli dovrà in questo caso *restituire* l'immobile insieme coi frutti prodotti dal giorno della domanda, pel sopraddetto motivo. Dovrà inoltre pagare, se vi sia luogo, l'indennità per i deterioramenti di cui si sia avvantaggiato. Quelli cagionati per la sua trascuratezza, ma di cui egli non abbia cavato alcun profitto, dovrebbero, a detta di Pothier (n. 361), pagarsi o pur no, secondo che il compratore abbia in fatto posseduto di buona o di mala fede, ignorando o conoscendo che il suo *contratto* potesse rescindersi; secondo Troplong (II-844) non si dovrebbero mai dal compratore, il quale deve presumersi sempre di buona fede; infine, secondo Duvergier (II-181), il compratore dovrà sempre pagarli, perchè il valore della lesione stabilito dal Codice a più di sette dodicesimi (mentre per l'antico dritto era soltanto oltre la metà), deve farlo riputar di mala fede. Secondo noi queste idee sono tutte inesatte. Abbiam detto che il Codice, adottando fra le due avverse dottrine degli antichi dottori la più mite (3), suppone la buona fede nello acquirente fino alla domanda del venditore, obbligandolo quindi a pagare gl'interessi del supplimento del prezzo e a *restituire* i frutti dal giorno di essa dimanda: fino a questo punto dunque non si dovrebbe indennità pei deterioramenti, tranne che non fossero tali da provare essi *stessi* la mala fede del compratore. Però, dopo sperimentata la dimanda, il compratore non

(1) Dumoulin (Parigi, gl. 1, 44, § 33); Ferrière (alla parola *Lesione*); Pothier (n. 348); Toullier (XII-186); Proudhon (*Dom. privato*, I-195); Delvincourt (t. III); Duranton (XVI-453); Troplong (II-808); Duvergier (II-114); Zachariae (II, p. 548); Freminville (I-337); — Bourges, 25 gennaro 1832 (Dev., 32, 2, 556).

(2) Conf. Boncenne (I, p. 75); Duranton (XVI-452); Troplong (II-805); Rauter (*Proc.*, n° 53); Rig., 5 nov. 1806; Parigi, 13 marzo 1817; Cass., 13 febbraro 1832 (Dev., 32, 1, 681). — *Contra*, Duvergier (II-93); Carrè (*Compet.*, n. 221); Poncet (n. 119).

(3) Fachineo (l. 2, cap. 4); Voët (*De rescindenda vend.*, n. 10); Bretonnier (sopra Henrys, t. IV pagina 220); Domat (l. 1, t. 2, sez. 9); Cuiacio (l. 2. C. *De rescindenda venditione*).

più ignorare l'eventualità della rescis-e; egli conosce che l'un dì o l'altro à essergli domandato conto della sua ninistrazione; la sua trascuratezza non più scuse; egli da questo punto dovrà nteressi o i frutti, e con più ragione dennità pei deterioramenti avvenuti per colpa.

ion si potrà dunque dire (come Trop-g) che il compratore non sia mai tenuto i indennità, nè che egli la debba sem-; (come dice Duvergier), ma, secondo il dice prescrive, che lo sia pei deteriora-enti posteriori all'azione rescissoria, non r gli anteriori.

Viceversa, il venditore che riprende lo imobile deve restituire al compratore il 'ezzo di vendita insieme coi suoi interessi al giorno della domanda, ovvero dal giorno esso in cui si fosse ricevuto il prezzo, l'immobile non avesse prodotto frutti. gli dovrà anche tener ragione al compra-ire del maggior valore che ha l'immobile er le migliorazioni fattevi, e di ciò che vi bbia speso per necessarie riparazioni. Ma on deve pagargli le spese di contratto, ome nella vendita col patto di ricompra, iacchè qui il venditore, che non è legato a alcuna convenzione, deve solo tener conto i ciò di cui si avvantaggia; altrimenti la estituzione non sarebbe intera (1). Del esto il compratore, qui come in ogni altra imigliante circostanza, può ritener l'immo-bile finchè il venditore non abbia adempito e sue obbligazioni.

III. — Siccome la rescissione (quando la offerta del supplimento del prezzo non ne arresta l'effetto) fa ritenere che la vendita non abbia mai avuto luogo, vengono meno quindi tutte le alienazioni, o concessioni d'ipoteche, servitù od altri dritti reali che il compratore avrebbe potuto consentire; ma il terzo acquirente e gli altri che eb-bero conceduti dei dritti reali potrebbero impedire che si risolva il loro dritto, pa-gando al venditore il supplimento del prez-zo, come sopra abbiam detto. Ma se un sottoacquirente, che non voglia pagare il supplimento del prezzo, vedrà ritogliersi il suo acquisto, egli dovrà esser garantito dal suo venditore, compratore primitivo.

In principio, annullatasi la vendita per lesione e ritornato l'immobile al venditore, l'amministrazione dovrà restituire le somme che si ebbe per la vendita; giacchè la ven-dita legalmente non è mai esistita, l'im-mobile è sempre appartenuto a colui che lo riprende, e quindi non è avvenuta la mutazione della proprietà. — Però ripugna all'applicazione di questo principio l'artico-lo 60 della legge del 22 frimaio anno VII, il quale dichiara che, tranne non sia scritta una eccezione nella legge (e noi non ne troviamo per questo caso), qualunque dritto regolarmente percepito non può più resti-tuirsi, checchè dipoi avvenga. Ma è qui-stione ben più delicata, se si debba o pur no pagare dritto di mutazione, quando per la rescissione della vendita la cosa ritorna al venditore. Secondo il dritto comune, non par dubbio che debba rispondersi del no; ma siccome l'articolo 68, § 3-7° della legge surriferita ha dichiarato doversi sol-tanto un dritto fisso di tre franchi per le sentenze *le quali risolvono un contratto per causa di nullità radicale*, è controverso se il caso della rescissione rientri o no in questa regola.

Parecchi scrittori e due decisioni della Corte di cassazione (2) giudicano non vi sia *nullità radicale* nel caso di lesione, poichè in tal caso il contratto esiste finchè non sia annullato da una sentenza, e ri-marrà valido irrevocabilmente se corrano due anni senza essere stato impugnato; dal che conchiudono che, secondo la legge supracitata, si dovrà pagare il dritto pro-porzionale. Altri scrittori (3) dicono al con-trario, essere la lesione una causa di nul-lità radicale, poichè trae seco lo annulla-mento retroattivo del contratto; dal che in-feriscono che non si debba pagare alcun

(1) Pothier (n. 369); Delvincourt (t. III); Trop-long (II-848); Duvergier (II-126); Zachariae (II-pa-gina 549).

(2-3) Merlin (*Rep.*, alla parola *Registro*, § 2); Duranton (XII 572); Dalloz (*Registro*, p. 181); Cas-sazione, 5 germinale, anno XIII; Cass., 17 dicem-bre 1811; — Toullier (VII-542); Troplong (II 852); Duvergier (II-133); Championnière e Rigaud (II-357).

dritto... Quest'ultima soluzione è esatta, sebbene non reggano i suoi motivi; impercìocchè il Codice di ordinario chiama *nullità* i casi di semplice annullamento, ma cotesto linguaggio è inesatto: l'annullamento è molto diverso dalla nullità propriamente detta; e siccome la rescissione è annullamento, come ben disse la Corte suprema, la legge di frimaio con un linguaggio più esatto avrà chiamato ***nullità radicale*** il caso della nullità propria, cioè quando non esiste contratto, per cui si escluderebbe la rescissione per lesione. Non è fondato adunque l'argomento di Troplong, Duvergier e degli altri... Ma il dubbio che lasciano le parole ***nullità radicale*** è abbastanza chiarito dalle altre parole della legge di frimaio: le sentenze ***le quali risolvono il contratto.*** Difatti i soli contratti esistenti possono risolversi; d'onde è chiaro che la legge di brumaio intende parlare [illegible] degli atti che si possano semplicemente annullare; anzi di essi soltanto (poichè l'atto che non esistesse non potrebbe esser risoluto); i contratti rigorosamente nulli e che non esistono vi si comprendono implicitamente e per argomento *a fortiori*. La rescissione per lesione si comprende adunque nella disposizione anzidetta e § 3 dell'art. 68; e ciò è tanto men dubbio, quanto il § 7 — 1°. dell'art. 69 fa essere soggette al dritto proporzionale le vendite, ***rivendite***, cessioni, ***retrocessioni***, ec., fra cui non potrebbe noverarsi la rescissione per lesione, la quale non importa certamente nè una rivendita, nè una retrocessione, ma un annullamento di vendita, per cui si reputa che la cosa sia sempre appartenuta a colui che la ritoglie, il quale quindi non fa alcuno acquisto.

1683 (1529). — La rescissione per causa di lesione non ha luogo a favore del compratore.

I. — La nostra antica giurisprudenza, rigettando le idee di Cuiacio (1) e seguendo quelle di Dumoulin (2), ammetteva il beneficio della rescissione per causa di lesione tanto in favore del compratore che del venditore. Portalis proponeva innanzi il Consiglio di Stato di consacrare questo antico sistema; ma il primo Console, alla cui sagacia andiamo debitori di molte utili innovazioni su questa materia (specialmente il restringersi di tale azione alle vendite d'immobili, il dritto consentito al compratore che paga il supplimento del giusto prezzo di trattenersene un decimo, ec.) fece adottare l'idea di Cuiacio; la quale invero è molto giusta, poichè la miseria spinge a vendere, non mai a comprare. Il compratore dunque non potrà dolersi; tranne che non sia stato vittima d'una frode.

1684 (1530). — Essa nè pure ha luogo in tutte le vendite che per legge non possono farsi se non coll'autorità giudiziale.

I. — La rescissione non ha nemmeno luogo in tutte le vendite giudiziali, ma solo in quelle che per legge non possono farsi altrimenti. Così, essa ha luogo per l'aggiudicazione giudiziaria fatta tra coeredi maggiori e presenti, poichè in tal caso la presenza del magistrato *non è necessaria*, ma è stata richiesta per volere delle parti o di una fra esse. Il nostro *articolo* e le spiegazioni datene dal Tribunato (3) rendono evidente questo punto, *che per altro* è ammesso da tutti gli scrittori, anche d:

(1-2) Cuiacio (l. 2, C. *De rescindenda venditione*): Automne (lib. 16); Bretonnier (sopra Henrys, IV, pag. 214); Dumoulin (*De cont. usur.*, 9-14); Voët (*De rescind. vendit.*, n. 5); Pothier (numero 373).

(3) Fenet (XIV, p. 90); Duranton (XVI 468); [illegible] de Villargues (alla parola *Lesione*, n. 22); Troplong (II-836 e 837); Duvergier (II-81); Zachariae (II, pag. 548).

anton, sebbene Troplong per inavvertenza lo rimproveri di insegnare il contrario.

685 (1531).—Le regole esposte nella one precedente, e relative al caso che persone abbiano venduto unitamente o ıratamente, ed al caso che il venditore o il compratore abbia lasciato più eredi, si osservano anche quando si tratti dell'azione di rescissione.

.— Dovranno qui pure applicarsi le disizioni che contengonsi nei sei articoli 1667-1672 (1513-1518) e le osservazioni che sovr'essi abbiam fatto.

CAPITOLO SETTIMO

DELL'INCANTO.

1686 (1532).—Se una cosa comune a ı persone non può dividersi comodamente senza scapito; ovvero se in una divisione beni comuni fatta di reciproco consenso : ne *ritrovino* alcuni che niuno de' con*videnti* possa o voglia prendere, se ne la vendita all'incanto, ed il prezzo vien viso tra i condomini.*

1687 (1533).—Ciascuno dei condomini ha la facoltà di domandare che gli estranei siano invitati all'incanto; se uno dei condomini è minore, gli estranei vi debbono essere invitati necessariamente.

1688 (1534).—Il modo e le formalità da osservarsi nell'incanto, sono spiegate nel titolo *delle Successioni* e nelle leggi della procedura ne' giudizi civili.

I. — Se più condomini vogliano uscir ılla indivisione, e la cosa da essi pos:duta in comune non possa dividersi coodamente e senza scapito, in questo caso si metterà agli incanti, cioè si attribuirà l una sola persona, per una determinata ımma divisibile fra i vari condomini. Seındo il testo dei nostri tre articoli, parebbe che qualunque vendita all' incanto ebba farsi coll'asta pubblica e giudiziariaente; ma non è così. La licitazione può ırsi anche all'amichevole, e senza bisogno i ricorrere a magistrati o a notari, quando condividenti siano tutti presenti e padroni ei loro diritti.

Non v'ha nemmeno bisogno di invitare ;li estranei, anche in una licitazione giuliziaria, quando i condividenti siano capaci; ranne che alcuno di essi non lo domanli, o nessuno voglia comprare la cosa: ma se tra i condividenti vi sia uno o più minori, gli estranei dovranno necessariamente essere invitati. — Inoltre, ove i condomini mettessero in dubbio se la cosa sia o no divisibile comodamente e senza scapito, e se quindi debba dividersi in natura o metterla agli incanti, sarebbe questa una quistione di fatto che dovrebbe valutarsi dai magistrati secondo le circostanze di ciascuna specie.

Sia la cosa mobile o immobile, corporale o incorporale, la si potrà sempre mettere agli incanti (ove non si possa dividere), bastando che un solo dei condomini lo richieda, quantunque egli vi abbia una menoma parte, poichè niuno può essere astretto a rimanere in comunione (art. 815 (734)). Però si fa eccezione pei bastimenti, la cui vendita all' incanto non può essere domandata che da uno o più comproprie-

* Renduto comune tra due creditori, mercè convenzioni, un fondo ad uno di essi aggiudicato, per ı divisione del medesimo è applicabile l'art. 1532 delle leggi civili, e non già l'art. 196 della legge sulla spropriazione. C. Suprema di Napoli, 3 marzo 1846.

tori che riuniscano almeno la metà dello interesse totale (art. 220 (207) Codice di commercio).

II. — Sebbene la licitazione sia posta nel titolo della vendita, perchè in certo modo, e sotto un riguardo importa vendita, pure non potrebbe dirsi tale realmente ed interamente che quando la cosa si trasferisce ad un estraneo; se uno dei condomini ne rimanesse in possesso, la licitazione importerebbe piuttosto una divisione, come abbiam detto sotto l'art. 883 (803), il cui effetto sarebbe semplicemente di dichiarare la proprietà, di guisa che quegli a cui rimane esclusivamente la cosa, si reputa averla avuta sempre, e non aver fatto alcuno acquisto colla licitazione. Diciamo inoltre che l'atto sarà una vera licitazione e darà luogo alla divisione, quando fa cessare l'indivisione intieramente, assolutamente e fra tutti i condomini. L'atto che riunisse nelle mani di un solo le parti di alquanti condomini, e che lascerebbe sussistere l'indivisione cogli altri, non sarebbe una vendita: checchè ne dica Pont *in contrario* (*Contr. di Matr.*, I-485), esso dovrebbe regolarsi secondo l'art. 1408 (T) (se la cosa fosse immobile) (1), e non già, come vuole Duvergier (II-147), secondo lo art. 883 (803) (2).

CAPITOLO OTTAVO

DEL TRASPORTO * DEI CREDITI E DEGLI ALTRI DRITTI INCORPORALI.

Questa rubrica offre due inesattezze di linguaggio.

La prima è oramai consacrata dall'uso, e consiste nel prendere la parola *trasporto* come sinonimo di *vendita*, mentre che essa propriamente importa qualunque specie di trasmissione, sia a titolo oneroso (come per vendita, permuta o altrimenti), sia a titolo gratuito. Sarebbesi certamente meglio usata la parola *cessione*, la quale comprende rigorosamente qualunque trasmissione di un dritto, ma si applica più specialmente al caso di vendita. Per la vendita di rendite sullo Stato si usa comunemente la parola *trasferimento*.

La seconda inesattezza, più strana della prima e che trovasi nondimeno nei discorsi di Portalis, Di Faure e di Grenier innanzi il Corpo legislativo e il Tribunato (Fenet, XIV, p. 149, 178, 205), consiste nel pleonasmo *dritti incorporali*, con cui si supporrebbe l'esistenza di dritti corporali, ricordando la legge del 6 luglio 1791, che parla per disteso *della prescrizione dei dritti* CORPORALI *ed incorporali!* Ed erano giureconsulti che usavano questo linguaggio? — Bisogna dire semplicemente: *della* VENDITA *dei crediti ed altre* COSE *incorporali*; o anche: *della vendita dei crediti ed altri dritti* (3).

Qualunque dritto ed azione può vendersi, tranne che non vi sia un divieto espresso o implicito della legge (*vedi* articolo 631, 634, 1130 (556 M, 1084); Leg. del 19 maggio 1834, art. 20, ec.). In generale, per queste vendite debbonsi applicare i medesimi principî che per quelle di cose corporali; ma il Codice inoltre stabilisce in questo capitolo qualche regola speciale: 1° per la vendita dei crediti (articolo 1689-1695 (1535-1541)); 2° per quella di una

(1) *Vedi* intanto una decisione di Douai del 13 gennaro 1852 (Dev., 52, 2, 213), e le osservazioni di Pont nella *Rivista critica*, t. II, pag. 513.

(2) *Vedi* Cass. d'una decisione di Parigi, 6 maggio 1844 (Dev., 44, 1, 593). *Vedi* pure, intorno alla differenza dei principî degli art. 883 e 1408 (803, T), il secondo dei quali si è a torto riguardato come un semplice corollario del primo, il nostro lavoro sul *Retratto parziale d'indivisione*, pubblicato nella *Rivista critica della giurisprudenza* (t. I, p. 528).

* Il nostro Codice ha detto: *Della cessione*...

(3) Sembra invero una stranezza che Troplong, il quale censura come noi questa espressione di *dritti incorporali* (II-877), se ne serva poi egli stesso in parecchi luoghi (specialmente *Vendita*, n. 907; *Locazione*, n. 71).

credità (art. 1696-1698 (1542-1544)); 3° per quella dei dritti litigiosi (art. 1699-1701 (1545-1547)).

§. 1. Della vendita dei crediti.

1689 (1535). — La cessione di un credito, di un dritto, o di un'azione contra di un terzo, si esegue tra il cedente ed il cessionario colla consegnazione del titolo.*

Nondimeno il cessionario può essere investito dello stesso dritto, quando il debitore abbia accettato la cessione con un atto autentico.**

1690 (1536). — Il dritto del cessionario, rispettivamente al terzo, non comincia se non quando denunzia al debitore la cessione.

1691 (1537). — Se prima che il cedente o il cessionario denunziasse al debitore la cessione, costui avesse pagato al cedente, sarà egli validamente liberato.

SOMMARIO.

I. La vendita d'un credito trasmette la proprietà per rispetto ai terzi o colla intimazione fatta al debitore o coll'accettazione di costui. Svolgimento della regola; qual'è il suo scopo; in quali casi essa non ha luogo.
II. Varie conseguenze di questa regola. Il sequestro fatto nell'intervallo dalla cessione alla sua notificazione da un creditore del cedente, è valido. Rapporti fra il sequestrante anteriore, il cessionario e i sequestranti posteriori.
III. Sistemi diversi su questo punto. Ma tutti sono inesatti.
IV. Continuazione. Risposta a Duvergier. Epilogo.
V. Il debitore può opporre al cessionario quitanze senza data certa.—Osservazioni.

I. — La trasmissione della proprietà di un credito si effettua col solo consenso, ed il rilascio colla consegna del titolo fatta dal cedente al cessionario; ma per rispetto ai terzi il cessionario acquista la proprietà, o colla intimazione fatta al debitore dell'atto di cessione, o coll'accettazione di costui. La intimazione può farsi tanto dal cessionario che dal cedente. L'accettazione, benchè fatta con iscrittura privata o anche verbalmente, sarà valida contro il debitore; ma in faccia ai terzi deve essere fatta con atto autentico.

Se si intimassero o accettassero nel medesimo giorno parecchie cessioni successivamente fatte, i differenti cessionari sarebbero ugualmente riguardati, cioè ciascuno di essi sarebbe proprietario del credito per la sua parte, tranne che negli atti non si indicasse l'ora della intimazione o dell'accettazione; poichè in tal modo si conoscerebbe quale cessione sia stata accettata o

* Massime della C. S. di Napoli:

— Non sono alla cessione di crediti applicabili le regole per lo trasferimento del dominio delle cose mobili, ma quelle speciali stabilite per le cessioni di simil fatta, 29 agosto 1822.

Fatta la cessione di un medesimo credito a due persone successivamente, è preferita quella a cui si consegnò il titolo, 1 dic. 1841.

È valida la cessione di un credito, anche senza la consegna del titolo, quando esso manchi, 23 dic. 1841.

Fatta la cessione di un credito, non si può dal cedente fare atti in pregiudizio del cessionario, 23 genn. 1850.

Una prima cessione senza consegna di titoli, o almeno senza cambiamento di domicilio sulla iscrizione già presa, non vale a vincere una seconda cessione con subingresso nel privilegio di un appaltatore, 15 ap. 1852.

** Massime della C. S. di Napoli.

— Se il creditore non è stato diligente a denunziare al terzo la delegazione, non può imputare al suo debitore il ritardo nel pagamento, 16 marzo 1824.

Il creditore cedente, pria che la cessione sia notificata al debitore ceduto, può agire egli stesso contro quest'ultimo, 30 lug. 1829.

Non è necessaria la denunzia della cessione a colui cui si è fatta nota nel titolo stesso del suo acquisto. La trascrizione regola la preferenza, 18 nov. 1852.

intimata la prima, e questa sola quindi sarebbe produttiva di effetto.

Ben di leggieri si comprende per qual motivo la legge abbia richiesto la intimazione o l'accettazione per il trasferimento dei crediti in faccia ai terzi. È necessario, come giustamente dice Troplong, « che il cessionario prenda possesso effettivo del credito, mettendo un ostacolo tra il primo creditore e il debitore; che egli pruovi non avere più il cedente alcuno interesse, per essersi realmente spossessato..... Se con ciò non si dà bando assolutamente agli inganni, si rende però molto difficile il praticarli, poichè il compratore deve esercitare una parte attiva, che quasi sempre non si affà ad un semplice presta-nome. » Non sappiamo perchè Duranton (XVI-498) abbia censurato questa disposizione come una regola invecchiata che si sarebbe dovuta togliere dal Codice, nè l'abbia riconosciuto utile a prevenire le simulazioni.

Non adempiendosi la formalità della intimazione o dell'accettazione, si è chiesto se sia sufficiente la conoscenza che il debitore o qualunque altra persona abbia altrimenti acquistato della fatta cessione. In principio, si dovrebbe rispondere del no; poichè si rifarrebbe la legge col dire che qualunque conoscenza acquistata indirettamente possa bastare, quando il Codice ha richiesto una determinata maniera di far conoscere la cessione; finchè non si adempia la formalità, il terzo debitore o qualunque terza persona che sia altrimenti informata della cessione, può in generale credere che sia simulata (1). Però alle volte può adottarsi, secondo le circostanze, una differente soluzione, lasciando valida la cessione se si riconosca la frode in coloro che la niegano: *fraus omnia corrumpit* (2).

Per altro la legge medesima dichiara validi senza la formalità della denunzia [illegible] l'accettazione alcuni crediti, come [illegible] tere di cambio ed i biglietti ad ordine [illegible] si trasmettono colla semplice girata [illegible] glietti o azioni al latore, colla consegna [illegible] rendite sullo Stato, con una iscrizione [illegible] registri del Tesoro pubblico; le azioni [illegible] banca di Francia, con una iscrizione [illegible] registri della banca (3).

II. — Il cessionario di un credito [illegible] come è detto, ne acquista la proprietà [illegible] rispetto ai terzi, coll'adempimento [illegible] delle due suddette formalità: da [illegible] principio sorgono varie conseguenze [illegible] delle quali come vedremo, è ben diffi[illegible] a spiegarsi.

1° Siccome il cedente resta sempre pro[illegible]prietario in faccia ai terzi, egli solo qu[illegible] ha dritto di agire per il soddisfacime[illegible] del credito. Ben a ragione adunque la Cor[illegible] di cassazione ha accordato al cessionario il solo diritto di fare degli atti [illegible] conservatori (4), poichè tali atti debbonsi riguardare sempre con favore, ed è qui[illegible] ben naturale di permetterli tanto al cessio[illegible]nario che al cedente; ma la medesima [illegible] va gravemente errata, quando dice [illegible] decisione del 1828, che, « non appar[illegible]nendo al cedente la proprietà, egli non p[illegible] fare atti conservatori nè altro che riguarda la cosa ceduta ». Certamente il cessionario per rispetto al cedente è proprietario prima di qualunque intimazione fatta al debitore o accettazione per parte di costui; ma quando si debbano fare degli atti conservatori con*tro terze persone*, quando per mò d'esempio, come nella specie della decisione del 1828, si dovesse domandare un novello incanto in danno dell'aggiudicatario, gli è manifesto che il solo cedente potrebbe in tal caso far valere contro i terzi la sua qualità di proprietario, e che questi potrebbero respingere l'azione del cessionario.

(1) Montpellier, 4 gennaro 1833 (J. P., 33, 2, 532).

(2) *Vedi* Troplong (II-900 e 901); Duvergier (II-209 e 210); Zachariae (II, p. 555); — Rig., 13 lug. 1831 (Dalloz, 31, 1, 242).

(3) Art. 35. 36, 136, 187 (45, 46, 155, 187) *Codice di commercio*; Legge del 26 fiorile, anno VII; Decreto del 16 gennaro 1808. — *Vedi* inoltre [illegible] decisione di Montpellier del 2 marzo 1833 (J. P. 53, 2, 465).

(4) Decisioni dei 4 aprile 1810, 7 ottobre 18[illegible] 25 marzo 1816, 11 agosto 1819, 22 luglio 18[illegible] 25 luglio 1832 (Dall., 28, 1, 344; Dev., 33, 1, [illegible]

rchè non ha alcun dritto contro di loro, sendo necessaria la denunzia o l'accettazione per esser valida *in faccia ai terzi* cessione del credito. Fino a questo punto solo cedente ha dritto ad agire ; egli lo, rigorosamente parlando, potrebbe fare atto qualunque che riguardi le terze persone; e per un principio di equità, e non ai per applicazione del dritto rigoroso, permettono *anche* al cessionario del pari e al cedente i semplici atti conservato- (1).

2° Il cedente può inoltre costringere il debitore al pagamento, senza che questi possa opporre la cessione non denunziata nè accettata, o per sostenere che il cedente non sia più creditore, o per opporgli un compensamento, un'eccezione, una inammissibilità, o qualunque altro mezzo di difesa che potrebbe far valere contro il cessionario. Per medesimezza di ragione, il debitore sarà liberato, se paghi al cedente nel frattempo della cessione alla denunzia; e se il cessionario gli denunzi dopo la sua cessione, il debitore potrebbe opporre utilmente, o il pagamento, o qualunque altra causa per cui il suo debito si sia estinto prima di essergli denunziata la cessione.

3° Se un creditore ceda a due persone un medesimo credito, il secondo cessionario, che prima farebbe denunziare, o accettare dal debitore la sua cessione, sarebbe proprietario del credito, poichè il trasferimento della proprietà non ha luogo per il contratto di vendita, ma per la denunzia o per l'accettazione.

4° Segue inoltre dal medesimo principio, che i creditori del cedente, finchè non sia stata fatta la denunzia o l'accettazione, possono sequestrare utilmente il credito ceduto : questa appunto è l'una delle conseguenze che noi dicemmo difficile a spiegarsi.

Gli scrittori tutti riconoscono valido il sequestro di un credito già ceduto, ma la cui cessione non sia stata ancora denunziata o accettata. Tutti del pari riconoscono che la denunzia o accettazione fatta dipoi, ma prima di essersi distribuito il danaro, equivale ad un nuovo sequestro, per cui il cessionario ha drillo di concorrere per rata col sequestrante. Infatti se il cessionario non può vantare la qualità di proprietario del credito in faccia al primo sequestrante, egli però è creditore del cedente per la somma da lui pagata come prezzo della cessione, ed ha quindi dritto, come qualunque altro creditore, a sequestrare il credito del suo debitore. Tutti infine riconoscono che sarebbero senza effetto in faccia al cessionario tutti i nuovi sequestri posteriori alla denunzia o all'accettazione, poichè la cessione riprenderebbe la sua natura contro il sequestrante posteriore. La giurisprudenza sulle prime avea adottato una contraria soluzione, giudicando che in questo caso la cessione varrebbe sempre come sequestro anche contro i sequestranti posteriori, come fu stabilito da due decisioni della Corte di Parigi (2) : ma lo errore fu disdetto; si comprese dappoi che il sequestro rende indisponibile il credito fino alla concorrenza della somma per cui fu fatto, sicchè il dippiù può liberamente cedersi, e quindi la denunzia o accettazione della cessione fatta dopo un primo sequestro dà al cessionario la proprietà del rimanente credito tanto contro i sequestranti posteriori che contro qualunque altra persona (3).

Però gli scrittori e le decisioni non son più di accordo nel regolare i rapporti tra il cessionario e i sequestranti anteriori e posteriori, ma tutti seguono opposte dottrine, nessuna delle quali colpisce nel vero segno.

(1) Troplong (II-893 e *seg.*); Duvergier (II-204 e *seg.*); Zachariae (II, p. 553).

(2) Parigi, 14 gennaro 1811, 20 marzo 1820, ed una antica decisione del parlamento di Parigi degli 8 marzo 1760, riferita da Denisart (alla parola *Trasporto*, n. 10).

(3) Delvincourt (t. II.; Roger (*Sequestro*, n. 249) Dard (*ibid.*); Duranton (XVI-501); Troplong (II-927); Duvergier (II-201); Zachariae (II-p. 556);—Pau, 12 aprile 1832; Rig., 26 febb. 1834; Parigi, 30 maggio 1835; Parigi, 9 febbraro 1837; Parigi, 18 marzo 1839; Nîmes, 12 giugno 1839; Rig., 18 luglio 1843; Parigi, 26 luglio 1843 (Dev., 33, 1, 222, e 2, 385; 37, 2, 262; 39, 2, 182; 40, 2, 5; 43, 1, 908, e 2, 523).

III. — Alcuni, specialmente Troplong, non fan parola se i sequestranti posteriori o anteriori alla denunzia o all' accettazione, i quali, come essi riconoscono, non hanno alcun diritto contro il cessionario, possano o no concorrere coi sequestranti anteriori sulla porzione di credito a costoro spettante.

Altri, specialmente Duvergier (II-202), credono che i sequestranti posteriori non possano nulla pretendere nè contro quelli anteriori nè contro il cessionario, e che i loro sequestri debbansi riputare come non avvenuti.

Molte decisioni (1) ammettono al contrario, che i sequestranti posteriori possano concorrere cogli anteriori, ma consentono che questi abbiano il dritto di ricevere dal cessionario una somma pari a quella che loro vien meno per il concorso degli altri creditori.

Infine, Zachariae e i suoi annotatori (II, p. 557, nota 18) ammettono pure che il sequestrante posteriore possa concorrere con quello anteriore sulla porzione a lui toccata, salvo il regresso di quest' ultimo contro il cessionario per farsi indennizzare; essi però non calcolano l' indennità sulla intera somma che al primo sequestrante viene ritolta dall' ultimo, ma sulla differenza tra la somma che gli è toccata in concorrenza col cessionario e quella che gli sarebbe dovuta appartenere se il cessionario non fosse stato altro che un creditore.

Per modo d' esempio, supponiamo che un credito di 3,000 fr. ceduto a B per una ugual somma, sia sequestrato da A, creditore di 1,500 fr., prima della denunzia o della accettazione della cessione. Adempita l'una o l'altra formalità, C, creditore pur esso di 1,500 fr., fa un secondo sequestro: come dovrà farsi in tal caso la distribuzione fra A, B e C?

Troplong non prevede la quistione.

Duvergier pretende che C non abbia alcun dritto, e che, dovendosi dividere l'intero credito *pro rata* tra A creditore di 1,500 franchi, e B creditore di 3,000, il primo prenderebbe 1,000 fr. ed il secondo 2,000.

La giurisprudenza adotta altro sistema. A e B, essa dice, prenderebbero, l'uno 1,000 e l'altro 2,000 fr. se fossero soli; ma siccome esiste il nuovo sequestro di C, fatto quando ancora non si era distribuito il danaro ed i 1,000 fr. di A erano in potere della giustizia, C quindi ha pure dritto a questi 1,000 fr., che si dovranno dividere per metà. Però, d'altro canto, A perde 500 fr. per effetto della cessione fatta a B, la quale in faccia a lui ha vaglia semplicemente come sequestro; sicchè potrà ritogliere da B i 500 fr. che ha dovuto pagare; diguisachè al postutto si dovranno assegnare 1,000 fr. ad A, 1,500 a B e 500 a C.

Zachariae segue quest' ultimo sistema, salvo il calcolo della indennità. Se B, egli dice, fosse in faccia a tutti un semplice creditore sequestrante, non per questo A avrebbe potuto prendere 1,000 fr. I tre sequestranti sono creditori in tutto di 6,000 fr., cioè 1.500 A, 3,000 B, 1,500 C; ciascuno di essi potrebbe pretendere il per 100, di guisachè ad A non sarebbero toccati che soli 750 fr. Questi dunque ha dritto a farsi pagare da B la differenza tra i 500 fr. rimastigli nella divisione che ha dovuto fare con C, e i 750 che avrebbe dovuto prendere, cioè 250 fr.; al postutto dunque A prenderebbe 750 fr., B 1,750 e C 500.

Fra queste varie teorie, l'ultima sola si avvicina più alla verità, ma non si può adottare assolutamente: secondo essa il cessionario, nella ipotesi preveduta, prenderebbe troppo in danno dell' ultimo sequestrante (e potrebbe prender *poco*, *in altra* ipotesi, in vantaggio del medesimo). Infatti, se è vero che la denunzia *della cessione* importa sequestro, e che quindi B, il quale per rispetto ad A sarebbe un *semplice creditore* sequestrante, mentre in faccia a C essendo insieme creditore *sequestrante e*

(1) *Vedi* le quattro decisioni sopracitate di Pau, 1832; Parigi, 1835, 1837 e 1839. Le altre non giudicano la quistione.

sionario, potrebbe a suo talento invo-
e contro di questi, o la qualità di cre-
re concorrendo alla distribuzione del
zzo, o quella di proprietario, prendendo
o la parte di credito vendutagli; è an-
manifesto che non potrebbe far valere
na e l'altra qualità per farsi pagare due
te, ma semplicemente scegliere l'una o
ltra a suo piacere. Or nel sistema di
chariae B prende 1,750 fr. appunto per-
è gli si paga due volte una porzione di
edito (250 fr.), mentre che il suo di-
to, sia che egli si presenti contro C co-
e sequestrante, o come cessionario, non
otrebbe montare oltre ai 1,500 franchi. E
vero, se B si presentasse come seque-
trante, in tal caso i 3,000 fr. di credito
i dovrebbero dividere a tre sequestranti,
reditori d'una intera somma di 6,000 fr.,
andosi ad ognuno 50 per 100 : sicchè B,
reditore di 3,000 fr., ne avrebbe 1,500.
e egli al contrario si presenta come ces-
ionario, ha dritto esclusivamente a tutta
somma su cui può cadere la cessione,
ioè 1,500, fr. : infatti, come sopra ab-
iam detto, la cessione sarà efficace per
parte del credito ceduto che rimanga
opo soddisfatto il creditore sequestrante;
r in questo caso esiste un sequestro per
,500 fr. sopra un credito di 3,000 fr.,
i cui rimarranno 1,500 fr. B dunque, qua-
unque sia il suo titolo, non potrà altro
retendere che 1,500 fr.; A prenderebbe
ugli altri 1,500 fr. quella parte che gli
arebbe potuta spettare nella concorrenza
i tre interessati, tutti e tre riguardati come
reditori, cioè 750 fr., prendendosi gli altri
750 da C.

IV. — Nella ipotesi sopra stabilita (che
abbiamo tolta da Zachariae per più facile in-
telligenza) è un mero caso, che ben di raro
accadrebbe, che i due titoli di creditore
sequestrante e di cessionario, fra cui può
scegliere il compratore, dànno il mede-
simo risultamento. Così, poniamo che A
e C siano creditori ognuno di 3,000 fr.;
il compratore, presentandosi come credi-
tore di una ugual somma, prenderebbe il
terzo del credito sequestrato, mentre che
nulla potrebbe pretendere se si presentasse
come cessionario, poichè il sequestro è
stato fatto per 3,000 fr., cioè per l'intero
credito. Per l'incontro, gli tornerebbe conto
senz'altro di mettere innanzi il titolo di ces-
sionario, piuttosto che di creditore, se il pri-
mo sequestro fosse per una somma sparuta;
e la differenza sarebbe tanto maggiore,
quanto più notevole fosse lo ammontare
del sequestro posteriore. Così, A sia solo
creditore di 500 franchi, C di 2,500 : B,
agendo qual creditore avrebbe 1,500 fr,
(A prenderebbe 250 fr. e C 1250), men-
tre qual cessionario avrebbe dritto a 2.500
fr. (A prenderebbe sempre 250 fr. C 250,
invece di 1,250) (1).

Da ciò che abbiam detto, si vede chiaro
che non regge la obbiezione di Duvergier,
il quale dice che i sequestranti posteriori
alla cessione non possano concorrere con
quello anteriore. Sarebbe assardo, dice Du-
vergier (n. 201), che il primo sequestrante,
il quale per la cessione ha dovuto vedere
ristretta al solo valore del suo credito quella
somma molto più ingente che egli aveva
sequestrato, dovesse poi essere costretto
a dividere un pegno così limitato con tutti
gli altri sequestranti, con rischio forse di
aver quasi nulla. Ma la obbiezione è falsa,
poichè come abbiam detto, gli ultimi se-
questranti non concorrono *pro rata*, ma
in modo da lasciar sempre al primo tutto
quello che gli sarebbe spettato se il ces-
sionario non fosse stato altro che un sem-
plice creditore, soffrendo essi soli le con-
seguenze della sua qualità di proprietario
del credito sequestrato. Così, se A credi-
tore di 500 fr. sequestri un credito di
3,000 fr., e C, dopo accettata o denunziata
la cessione, faccia un nuovo sequestro per
2,500 fr., in tal caso, secondo Duvergier,

(1) Il sistema di Zachariae, invece di assegnare in cotesta ipotesi 250 ad A, 2,250 a B, e 250 a C, darebbe ad A 250, a B 2,333 fr., 33 cent. e a C 416 fr., 67 cent.; da ciò si prova che il sistema, come noi sopra abbiam detto, se dà troppo al cessionario in danno dell'ultimo sequestrante, gli darebbe alle volte troppo poco in vantaggio dell'altro. Molto più inesatto è il sistema delle decisioni; difatti darebbe ad A 500 fr., a B 2,083 fr. 35 cent., a C 416 fr. 67 cent.

C, concorrendo *pro rata* con A sui 500 fr. rimasti ai creditori dopo la cessione, ne prenderebbe cinque seste, cioè 416 fr. 67 cent. lasciando ad A, una sesta parte, cioè 83 fr. 33 cent. Ma non è così, poichè A prenderà 250 fr., lasciando il dippiù a C. E potrebbe egli dolersene? Se la cessione per rispetto a lui non vale (il che è riconosciuto formalmente da Duvergier), varrà bensì come sequestro. Egli dunque dovrebbe concorrere con due creditori di 5,500 franchi, che riuniti ai suoi 500 dànno una intera somma di 6,000 fr.: la somma sequestrata è di soli 3,000 fr.; e non può quindi dare più che 50 per 100; sicchè egli non può altro pretendere oltre i 250 fr.; C solo sopporterà le conseguenze della cessione, ricevendo 250 fr., invece dei 1,250 che gli sarebbero spettati ove quella non fosse.

Al postutto, venendo alla regola generale che dovrà adottarsi, e che sarà certamente non solo più esatta di quella di Zachariae, ma anche più intera e più semplice, diciamo:

Se il cessionario si presentasse come creditore sequestrante, egli dovrà come gli altri prendere la sua rata nel credito sequestrato. Ma se volesse mettere innanzi la sua qualità di cessionario, in tal caso (invece di lambiccarci il cervello coi calcoli complicati, e del resto inesatti di Zachariae) si dovrà semplicemente: 1° dare al cessionario tutto il dippiù della somma per cui fu fatto sequestro prima di essere denunziata o accettata la cessione; 2° dividere questa somma fra il sequestrante anteriore e quello posteriore, non *pro rata*, ma dando al primo tutto quello che gli sarebbe spettato, se il cessionario fosse stato un semplice creditore sequestrante, e all'altro il dippiù.

V. — Dicemmo sopra (n. II) che il debitore, il quale avesse in qualunque modo pagato il cedente prima della denunzia o dell' accettazione della cessione, sarebbe liberato dalla sua obbligazione e potrebbe opporre il suo pagamento al cessionario. Ma bisogna forse che la quitanza mostrata al cessionario dal debitore, e che deve precedere la denunzia o l'accettazione, abbia una data certa? A rigor di principî dovrebbe rispondersi che sì. Infatti noi abbiam detto nel titolo *delle Obbligazioni* (articolo 1338 (1292), n. III), confutando l'errore di Toullier su questo punto, che se il compratore è un avente-causa del suo venditore pei fatti anteriori alla vendita, egli diventa un terzo pei fatti posteriori, dal che sorge che potrebbe opporsi alla quitanza, quando non abbia data certa. Ma noi abbiamo detto altrove, sotto l'art. 1328 (1282), che è ormai un uso costante e generale di non registrare le semplici quitanze; sicchè deve ammettersi che il legislatore non abbia voluto applicare rigorosamente la sua regola a questa specie di atti. Gli scrittori quasi tutti riconoscono che per essi non è necessaria la registratura; e lo stesso Troplong, che nel commentario *delle ipoteche* (II, 935) avea professato una contraria dottrina, nel titolo *della Vendita* (II-520) ritornò alla comune opinione. — Questa facoltà di opporre quitanze senza data certa si accorda al debitore piuttosto per tolleranza che per dritto stretto, sicchè bisogna quanto più restringerla. Qui gli scrittori discordano nuovamente. Gli uni dichiarano inefficace qualunque quitanza che il debitore non abbia opposto immediatamente dopo la denunzia; gli altri credono più equo accordare al giudice un potere di arbitrio per valutare la verità della data. Ma ciò è di poco rilievo; infatti i due sistemi possono di leggieri mettersi in accordo.

Infatti è giusto dichiarar nulla qualunque quitanza non prodotta al tempo della denunzia; però può ben darsi che il debitore non possa presentare immediatamente una quitanza che esiste realmente; e per l'incontro che alle volte una quitanza falsa, fatta con data antecedente, possa prodursi immediatamente dopo la denunzia: bastano pochi istanti, secondo i casi, per combinar la frode.

Noi dunque crediamo doversi stabilire come regola assoluta il potere di arbitrio del magistrato, aggiungendo, come idea secondaria, che le quitanze non pro-

tte immediatamente dovrebbero in generale rigettarsi (1).

1692 (1538). — La vendita o la cessione un credito comprende le accessioni del credito stesso come sarebbero le cauzioni i privilegi e le ipoteche.

SOMMARIO.

La vendita di un credito comprende tutt'i suoi accessori, specialmente gl'interessi, anche quelli già corsi, tranne non si sia altrimenti stabilito.

. Non comprende le azioni per rescissione o scioglimento che derivino dall'atto stesso del credito : errore di Troplong ; errore e contraddizione di Duvergier.

III. Quando i crediti si trasmettono colla semplice girata, i privilegi e le ipoteche si trasmettono al modo istesso.

I. — La vendita di un credito, come è aturale, comprende di pieno dritto, senza he sia necessario indicarsi nel contratto, li accessorî di esso credito ; ma non è unto facile conoscere se il tale o tal diitto sia o pur no l'accessorio del credito enduto.

La cauzione, l'ipoteca o il privilegio che arantiscono un credito, saranno certamente egli accessorî, poichè tendono ad assicurne il pagamento, e vengon meno colla stinzione del credito : non vi potrebbe esere nè cauzione, nè privilegio, nè ipoteca enza un credito da cui dipendano. Il ditto che ha il cessionario di un credito i costringere il debitore al pagamento colarresto di persona, non che quello risulnte da un titolo esecutivo di agire per ia parata, cioè senza bisogno di ottenere na sentenza, sono anche accessorî del creito, poichè verrebbero meno, se il creito per una causa qualunque mancasse. dritto di riscuotere gl'interessi che prouce il credito, non che quelli già corsi l tempo della vendita, deve riguardarsi pure ome un accessorio, il quale si trasmetta l compratore per l' effetto naturale della essione. Certo il cedente potrebbe trattenersi gl'interessi già corsi fino alla vendita, na bisogna che ciò si indichi espressamente lalle parti; poichè sebbene quelli esistano indipendentemente dal credito, pure dipendono da esso e si riscuotono in forza del medesimo titolo. Tanto vero, che nel linguaggio ordinario la parola *principale* si adopera appunto in contrapposto agli interessi corsi o da correre. Questi dunque, secondo il nostro articolo, faran parte della cessione , se da una clausola espressa o da speciali circostanze non s' indichi una volontà contraria (2).

II. — Ma si dovranno anche riputare come accessorî del credito , e quindi trasmessi di pieno dritto al cessionario, tutti i dritti che competano al cedente in forza del contratto o dell'atto da cui ha origine il credito ceduto, specialmente le azioni di nullità , rescissione o scioglimento ? Per mò d'esempio, io cedo a Pietro un credito di 60,000 fr. contro il compratore del mio podere che non mi ha pagato : potrebbe egli, in mancanza di pagamento, intentare l'azione per lo scioglimento e prendersi il podere ? Potrebbe forse, se il prezzo della vendita sia minore dei sette dodicesimi del valore della cosa, intentare l'azione di rescissione per viltà di prezzo ? o, se la mia vendita fosse stata fatta col patto di ricompra, esercitare egli questa facoltà ? Troplong (II-946) e Duvergier (II-222) dicono che sì ; ma la loro dottrina è erronea e sorge da una strana confusione, poichè i

(1) Delvincourt (t. III); Duranton (XVI-504); Troplong (II-920); Duvergier (II-224); Bonnier (*Pruove*, . 570); Zachariae (II, p. 559); Bourjon (I, p. 466); errière (*sopra Parigi*, art. 104, n. 25); Lione, 26 ovembre 1823 ; Bordeaux, 26 gennaro 1840 ; Limoges, 17 agosto 1841; Cass., 23 agosto 1841 (Dev., 41, 1, 756 e 2, 53; 42, 2, 313).

(2) Duranton (XVI-507) ; Troplong (II-915); Duvergier (II-221).

due scrittori, affin di giustificare questo preteso effetto di una cessione *del credito*, parlano di una cessione *di tutti i dritti ed azioni*.

Essi, certo per disaccortezza, non badarono alla massima differenza che corre fra la cessione di tutti i dritti risultanti da una vendita, e quella di un credito di 60,000 fr. contro il compratore. Nel primo caso è manifesto che il cessionario prenda il posto del cedente, esercitando in generale tutti i dritti di lui; di guisa che se gli si volesse negare lo esercizio della tale o tale azione che il cedente avrebbe potuto esercitare, sarebbe questa una eccezione fondata sopra speciali circostanze che dovrebbero valutarsi dal giudice del fatto. Non così, quando si ceda semplicemente un credito di 60,000 fr. contro Pietro, nel qual caso il cessionario ha il solo dritto di agire per esser pagato. Qualunque altra azione, che non fosse un accessorio del credito, non potrebbe appartenergli.

Il maggior dubbio si potrebbe fare in quanto all'azione per lo scioglimento della vendita per mancanza di pagamento del prezzo: infatti Zachariae, che adotta il nostro principio, vi deroga per cotesta azione, che reputa come un accessorio del credito, perchè, egli dice, è un mezzo onde farlo valere (II, p. 599, nota 22). Ma ciò è inesatto; poichè spesso può avvenire che, per circostanze affatto estranee al credito, un cessionario sia pagato, nè per questo si potrebbe dire che quelle siano accessorî del credito, che anzi, come abbiamo supposto, sono ad esso interamente estranee. Il dritto che ha il venditore per lo scioglimento, sebbene sia un mezzo dippiù onde ottenere il pagamento del credito, non ne è però un accessorio: essi non coesistono, e l'uno non si accompagna coll'altro, ma il primo nasce dopo estinto il secondo: la domanda per lo scioglimento importa e presuppone rinunzia al dritto di domandare il pagamento, rinunzia al credito; or un dritto che non può esistere con un altro, non ne può essere certo l'accessorio. Lo stesso Duvergier lo riconosce; egli che per una singolare contraddizione, insegna nel numero 222 che tutte le azioni, e specialmente quella per lo scioglimento, son comprese nella cessione del credito come accessorî, dice altrove (p. 259) « che il venditore pagato in biglietti, trasmettendoli ad un terzo, gli cede il dritto di esser pagato non che il privilegio per la preferenza, ma *non già l'azione per lo scioglimento della vendita*, la quale NON È AFFATTO UN ACCESSORIO DEL DRITTO DI RIPETERE IL PAGAMENTO; *poichè al contrario suppone il non pagamento*.

III. — Abbiam detto sopra che i crediti per lettere di cambio o biglietti ad ordine si trasmettono senza bisogno della denunzia al debitore o dell'accettazione di lui, ma con la semplice girata del titolo. Or si potrebbe applicare per questo caso il nostro articolo, e si trasferiranno i privilegi o le ipoteche che garantiscono il credito ceduto?

Una decisione di Bruxelles del 7 fiorile anno IX, un'altra di Lione del 22 marzo 1830, e Dalloz, in un ricorso diretto contro un'altra decisione di Lione, profferita in senso contrario (Dev., 33, 1, 353), sostenendo il contrario, han detto: 1° che la girata è ammessa dalla legge nelle sole materie commerciali, e che quindi non si potrebbero in tal modo trasmettere i privilegi e le ipoteche, che sono dritti puramente civili; 2° che questo modo di trasmettere non potrebbe conciliarsi col dritto accordato ad ogni detentore di un immobile ipotecato di render libero dalle ipoteche la sua proprietà, notificando il suo *contratto* ai creditori iscritti, e dichiarandosi pronto a soddisfare tutti i debiti ipotecarî, esigibili o non esigibili (art. 2183-2184 (2082-2083)), poichè il terzo detentore non potrebbe nè pagare nè notificare ai latori di biglietti che spesso non potrebbe conoscere.

Ma è ben facile rispondere a queste obbiezioni. La trasmissione per mezzo della girata può farsi sempre, sieno o non commerciali i dritti che debbansi trasmettere; ma bisogna vedere la forma del titolo che comprova questo dritto; di guisa che un dritto puramente civile può trasmettersi

con tal mezzo, se sia comprovato da una lettera di cambio o da un biglietto ad ordine. D'altro canto è falso che per questo mezzo di trasmissione non possano rendersi libere le proprietà dalle ipoteche; poichè in prima non è necessario che si faccia la denunzia alla persona o al domicilio dei titolari attuali dei crediti, ma solo *ai domicili eletti nelle iscrizioni*, sicchè qualunque cessionario di un credito ipotecato, che non possa o non voglia mutar la precedente elezione di domicilio, dovrà aver fatta la notifica a quel domicilio, e prendere quindi i provvedimenti opportuni. Il pagamento poi, non potendo egli conoscere i creditori attuali, potrà legalmente farsi col deposito delle somme dovute.

Nulla dunque si oppone alla trasmissione per mezzo di una semplice girata delle ipoteche e dei privilegi; sicchè a ragione la giurisprudenza ha ciò consacrato (1).

1693 (1539). — Colui che vende un credito, o altro dritto incorporale, dee garentirne la esistenza nel tempo della cessione, quantunque questa si faccia senza garentia.*

1694 (1540). — Egli non è tenuto della solvibilità del debitore, se non quando lo abbia promesso, e fino alla concorrenza solamente del prezzo che ha riscosso dal credito venduto.

1695 (1541). Quando il cedente ha promesso la garantia della solvibilità del debitore, tal promessa s'intende soltanto per la solvibilità attuale e non si estende al tempo avvenire, se il cedente non lo abbia espressamente stipulato.**

SOMMARIO.

I. Garanzia di dritto. Suoi effetti.
II. Le parti possono toglierla o restringerla. Possono anche estenderla, aggiungendovi la garanzia di fatto o convenzionale. Questa si suddistingue in tre classi.
III. Nella prima e nella seconda classe, non si dovrà più garanzia, se il credito o le sue garenzie vengon meno per il fatto del cessionario, o solo per la sua negligenza: errore di Toullier. — Quid nella terza classe?

I. — Colui che cede un dritto, tranne una contraria convenzione, deve garantire l'esistenza e la validità del credito, non che del suo dritto di proprietà. Nell'articolo 1693 (1539) si parla solo della garanzia dell'esistenza; ma siccome da una mano un credito che domani si annullasse, non sarebbe mai esistito, e dall'altra può esser valido ma non appartenere a chi lo cede, bisogna intendere per *credito esistente*, quello che sia valido e spetti al cedente. Costui dunque può essere obbligato alla garanzia nei seguenti tre casi: 1° se il credito non esista al tempo che ei lo trasferisce, o che non sia mai esistito, o siasi estinto per compensamento, prescrizione o in altra maniera; 2° se il credito venisse annullato o rescisso; 3° se appartenesse ad altri.

La garenzia è di pieno dritto, e sarà dovuta non solo se nulla si sia convenuto intorno a ciò, ma quand'anche la cessione si fosse fatta senza *obbligo di garenzia*, con che secondo l'articolo 1693 (1539) si

(1) Merlin (Quist., alla parola *Ipoteche*, § 18); — Lione; 4 giugno 1830; Rig., 21 febb., 1848; Rig., 11 lug. 1839 (Dev., 33, 1, 353; 38, 1, 208; 29, 1, 938).

* Allorchè vien ceduto un credito già esatto, il cedente è tenuto a rilevarne il cessionario. C. S. di Napoli 31 agosto 1841.

** Ceduto un credito con dilazione al pagamento e con la garentia del cedente per la esistenza del debitore ceduto, il cessionario può sospendere il pagamento per un giusto timore della insolvibilità del debitore ceduto. C. Suprema di Napoli 1 giugno 1843.

escluderebbe la garenzia della solventezza del debitore di cui è discorso negli articoli 1694 e 1695 (1540 e 1541).

La quale garenzia dell'esistenza utile del credito, che dicesi *di dritto* (perchè nasce dalla sola legge) mentre dicesi *di fatto* quella di cui parleremo, estendesi agli accessorî che il venditore ha indicato come dipendenti dal credito. Per cui il venditore dovrà restituire al compratore non l'ammontare del credito, ma il prezzo della cessione, e insieme gl'interessi, le spese dell'atto, quelle delle citazioni, principale e di garenzia, e le indennità di tutto ciò che il cessionario abbia potuto perdere (1).

II. — Cotesto obbligo legale di garenzia può essere dalle parti ristretto, tolto via, ovvero esteso oltre a quel che si è detto; ma per ciò è necessaria una espressa convenzione.

Cesserebbe l'obbligo della garenzia quando il credito si fosse dichiarato incerto, o il compratore avesse tolto su di se i rischi e i pericoli, o conosciuto al tempo della cessione per quali cause gli potesse venir meno. Tranne questi casi, il venditore dovrebbe sempre restituire il prezzo, a meno che delle somme accessorie di cui abbiam parlato (2).

Le clausole che hanno per fine di estendere la garenzia di dritto e stabilire quindi la garenzia di fatto o convenzionale, cioè quella della solventezza del debitore, possono dividersi in tre specie. — 1° Ora il cedente è risponsabile della solventezza presente del debitore. Ciò avviene quando il venditore dichiara prometterebbe *la garenzia* di *tutte* le *molestie* ed *evizioni*, ovvero soltanto *la garenzia di fatto*, o anche l*a garenzia della solventezza ;* allora la garenzia riguarda la solventezza presente conforme all'art. 1695 (1541), benchè vi si possa comprendere la futura nei termini generali con cui è espressa.

Ma se soltanto si dichiara che la vendita si fa *con la garanzia* senza altro che materialmente dinoti che siasi parlato della garenzia di fatto. noi stimiamo insieme con tutti gli scrittori che esista cotesta garanzia. La garenzia di dritto è cosa sì naturale che nè pur vi si pensa nè se ne parla. in maniera che i contraenti usano la parola *garanzia*, come un tempo osservava Loyseau, per la *bontà* del credito, per la solventezza del debitore. Siccome le parole *garanzia* si riferiscono alla garanzia di fatto. e non di dritto (art. 1693 (1539)). così le parole *con garanzia* si attengono a quella di fatto (3). 2° La garanzia di fatto può comprendere anche la futura solventezza del debitore. Bisogna perciò che la vendita racchiuda, o la espressa promessa di garanzia della futura solventezza, o una clausola equivalente come quella di *fornire* e *far valere*. Imperocchè *fornire* significa procurare ciò che potrebbe mancare; *far valere* importa rendere efficace il credito al tempo in cui deve farsi il pagamento. Con siffatta clausola adunque il venditore garantisce al compratore ogni pericolo anche futuro. 3° Infine, il venditore potrebbe perfino obbligarsi *a pagare egli medesimo*, o *dopo* il *semplice precetto* al debitore, ed anche *senza precetto*, e *quando giunge il termine del pagamento*. In tal caso il cessionario può rivolgersi contro il cedente senza l'obbligo di discutere il debitore, nè i fideiussori e le ipoteche che accompagnano il credito. Se il venditore dichiarasse soltanto che si obbligherebbe *a pagare egli medesimo all'uopo*, ovvero, *in mancanza del debitore*, la clausola varrebbe quanto quella di *fornire* e *far valere*, e non si potrebbe procedere contro il cedente se non dopo discusso il debitore, i fideiussori, ec. (4).

Facciamo qui un'osservazione che in nessuno scrittore troviamo, e che stimiamo importanti; cioè che le cose delle intorno al senso e allo intendimento delle vari

(1) Parigi, 30 giugno 1853 (S. P., 53, 2, 341).
(2) Duranton (XVI-511), Troplong (II-936 e 937), Duvergier (II-267); Zachariae (II p. 561); Bourges, 31 dic. 1849 (Dev., 53, 2, 25).
(3) Loyseau (cap. III, n. 16-21); Troplong (II-938), Duvergier (II 272), Zachariae (p. 561, nota 27).
(4) Vedi Loyseau (cap. 2, nn. 15, 19, 20; cap. 4, n. 9) e la decisione citata da lui del 9 ap. 1608.

clausole, debbono seguirsi come regole generali; ma si farà eccezione quando da tutte insieme le circostanze sorgesse un pensiero diverso ; avvegnachè queste siano al postutto interpretazioni di atti e quistioni di intenzione.

III. — Non vi sarebbe obbligo della garanzia convenzionale, o del primo e del secondo grado, se per il fatto o solo per la negligenza del cessionario, fossero periti il credito e le sicurezze che l'accompagnavano. Toullier (VII-172) insegna il contrario, quando la perdita avvenga per la negligenza, giacchè secondo la dottrina di Pothier, il creditore avrebbe perduto ogni suo dritto in faccia al fideiussore quando il credito sia perito *per un suo fatto positivo*, e non quando gli si possa imputare *una semplice negligenza* (Obblig., 557); dottrina consacrata, a detta di Toullier, dall'art. 2037 (1909) del Codice. Ma non può ammettersi cotesta idea. Erronea è la dottrina di Pothier, e in urto a quella da lui insegnata nel titolo della *Vendita*. Infatti il fideiussore ha facoltà, non dovere di vegliare alla conservazione del credito e delle sue garanzie, mentre è un dovere per il creditore che è il vero avversario del debitore, il solo cui incombe di fare gli atti conservatori. Di ciò è manifesta prova, come fa notare Troplong, l'obbligo che ha il creditore di discutere il debitore innanzi al fideiussore; per cui il creditore esercita una parte attiva, e il fideiussore una parte passiva. Pothier non badò che il fideiussore non godeva del beneficio della discussione al tempo in cui risalgono le leggi donde attinge la sua dottrina; da ciò il suo errore. Dal nostro legislatore non si è potuto dare alle parole « FATTO *del creditore* » nell'art. 2037 (1909) il senso esclusivo che ad esso vien dato da Toullier; nè i lavori preparatori nulla porgono d'onde si possa inferire questo senso stretto e sì in urto ai principî; con buona ragione tutti gli scrittori antichi e moderni hanno rigettato l'idea di Pothier e Toullier, già contraddetta dal medesimo Pothier (1).

Così cesserebbe l'obbligo della garanzia nei due sopraddetti casi, sì per la negligenza che per il fatto del cessionario. Ma cesserebbe anche quando il cedente siasi obbligato di pagare *dopo il semplice precetto*, ovvero anche senza precetto? Certo che sì per il fatto del cessionario; giacchè sarebbe assurdo che costui richiedesse al cedente il pagamento di un credito che egli medesimo col proprio fatto ha estinto (come per remissione fattane al debitore, e facendo togliere i privilegi e le ipoteche). Ma che cosa diremo se il credito insieme coi suoi accessorî fossero periti perchè il cessionario non fece gli atti conservatori, come la rinnovazione dell'iscrizione? Duranton non risolve cotal quistione (prevedendo il primo e secondo grado di garanzia convenzionale, ma non il terzo di cui noi qui parliamo) ; e Troplong (944-2) insegna assolutamente, che vi sarebbe sempre l'obbligo della garanzia, perchè il cessionario stipulando il suo regresso dopo il semplice precetto, ha tolto da se ogni altra cura e provvedimento conservatorio.

La quistione si risolve con una distinzione. Se il cedente dopo venduto il credito ha conservato i titoli, bisogna seguire la dottrina di Troplong. Ma se come d'ordinario accade, il cedente ha consegnato i titoli al cessionario, le parti son convenute che gli atti conservatori che per avventura sarebbero necessarî, dovrebbero farsi dal cessionario, e questi di conseguenza patirebbe il danno che a lui ne verrebbe dal non aver fatto gli atti conservatori.

(1) Louet (lett. F, n. 25), Brodeau (ibid.), Despeisses (p. 1, sez. 3, § 20, 12, 20), Rousseau de Lacombe (alla parola *Garanzia*, num. 9), Troplong (II-941), Duvergier (II-278). — *Vedi* anche Limoges, 24 agos. 1852 J. P. 54, 2 79).

2. Della vendita di una eredità.

1696 (1542). — Colui che vende una eredità senza specificarne particolarmente gli oggetti, non è tenuto a garentire se non la sua qualità di erede.

1697 (1543). — Se egli avesse di già raccolto i frutti di qualche fondo, o riscosso qualche credito appartenente a tale eredità, o venduto beni della stessa, è tenuto a rimborsarli al compratore, qualora non gli abbia espressamente riservati nella vendita.

1698 (1544). — Il compratore dee dal canto suo rimborsare al venditore ciò che costui abbia pagato su' debiti e pesi dell'eredità, e soddisfare i crediti che il venditore possa avere sulla medesima, qualora non esista stipulazione in contrario.

SOMMARIO

I. Natura speciale di una eredità. — Essa differisce molto dalla vendita dei vari beni che la compongono. — Può distinguersi in sei specie, il nostro articolo parla di una sola.

II. Il venditore deve garantire il suo titolo di erede. Elementi di questa garanzia. Quando è dovuta. Quali obblighi impone al venditore : falsa distinzione di Duranton e di Troplong.

III. La cessione comprende qualunque emolumento del dritto ereditario, anche il valore delle cose che il compratore abbia donato : risposta a Duvergier. — Quid *del dritto di accrescimento ? — Cose naturalmente eccettuate.*

IV. Essa comprende pure tutto il passivo ereditario, ed il compratore deve rimborsare lo erede delle somme che questi abbia pagato per conto della eredità, ma non di quelle indebitamente pagate, sebbene egli non debba rispondere delle sue colpe nell' amministrazione : risposta a Duvergier.

V. Il compratore può agire contro i debitori ereditari, e deve rispondere in faccia ai creditori : questi però agiranno in nome dello erede che riman sempre verso loro obbligato. — La cessione importa forse accettazione pura e semplice? — È necessaria la denunzia?

I. — Bisogna distinguere la vendita ***di una eredità*** (ossia dei dritti ereditari) colla vendita ***dei beni*** che la compongono. La vendita della eredità importa la cessione di un dritto, di un ***nomen juris***, d'un oggetto incorporale, con cui il venditore trasferisce allo acquirente tutti i dritti pecuniari, attivi e passivi, che sono annessi alla sua qualità di erede, di guisa che, secondo i casi, potrebbe il compratore od ottenere grandi vantaggi, o al contrario potrebbe esser tenuto a pagar molti debiti e legati. Per questo appunto il Codice ha posta una tal vendita sotto la rubrica ***della cessione dei crediti ed altri dritti***. Al contrario, la vendita di uno, più di tutti ***i beni*** che compongono una eredità, sarebbe una vendita ordinaria che produrrebbe i medesimi effetti come qualunque altra. In questa il venditore dovrebbe solo la garanzia ordinaria, come sopra abbiam detto: però nella vendita di una eredità egli dovrà garantire soltanto l' esistenza del suo dritto di erede (non che i fatti suoi propri) secondo un principio di ragione che un venditore non deve garantire che ciò che vende.

Noi vedremo quanto prima, nei nn. II e III, questo doppio effetto della vendita della eredità quanto alla garanzia dovuta dal venditore e in quanto alla trasmissione operata verso il compratore; ma bisogna qui in prima osservare, che la vendita della eredità e la vendita ordinaria di tutti o parte dei beni che la compongono non differisce in ciò solo, ma possono presentarsi sei differenti ipotesi, sebbene Troplong (nn. 955-957) e Duvergier (nn. 308-311) ne suppongano tre soltanto.

1° Vendita di un dritto certo che il ven-

ditore si abbia nella eredità : questo caso è preveduto dal Codice; — 2° Vendita di un dritto incerto nella eredità, cioè di semplici pretensioni come tali cedute : in tal caso il venditore non deve garantire la certezza del suo dritto, o sarebbe tenuto in faccia al compratore solo quando si provi che al tempo della vendita egli conosceva di non esistere il dritto; — 3° Vendita di un dritto dichiarato certo, indicandosi che la eredità comprenda i tali e tali altri beni, o che essa sia di tal valore : il venditore deve in tal caso rispondere non solo della esistenza del suo dritto, ma eziandio del valore o della consistenza della eredità, secondo egli ha dichiarato; — 4°, 5° e 6°. Vendita di un dritto (dichiarato incerto, — o certo, ma senza indicare le cose ereditarie, — o infine indicandole), fatta per le sole attività della successione, restando i debiti a peso dell'erede venditore.

È manifesta la differenza che corre tra la vendita della sola eredità attiva, cioè dei soli emolumenti che possano derivarne, dedotti i pesi, e quella delle attività e passività ereditarie: nella prima, il compratore non può mai soffrire altra vendita (oltre quella del prezzo di acquisto), mentre che nella seconda egli può esser costretto a pagare ingenti pesi (oltre la perdita del prezzo), poichè può ben avvenire che una eredità creduta ricca contenga più debiti che beni. La vendita della sola eredità attiva differisce pure (quando non siansi indicati i beni) dalla vendita ordinaria dei beni ereditarî, la quale comprende le cose indicate nel contratto, mentre il compratore nella prima acquista tutti i beni appartenenti alla eredità, compresi quelli che non credevasi ne facessero parte. In qualunque ipotesi, la vendita dei dritti attivi della eredità, non che quella della eredità intera, sarà sempre più o meno aleatoria; al contrario la vendita dei beni della eredità come beni ordinarî, non lo sarà affatto.

Del resto è chiaro, doversi in fatto decidere quale sia stata l'intenzione delle parti e a quale delle ipotesi sopra indicate appartenga la vendita, secondo i termini dell'atto e secondo le circostanze, specialmente raffrontando lo stato della eredità conosciuto al tempo della vendita, e il prezzo stabilito.

II. — I nostri articoli come abbiam detto, prevedono la ipotesi di una persona che dicendosi erede ceda al suo acquirente tutti i dritti ereditarî, attivi e passivi, senza alcun'altra promessa, di maniera che egli debba solo garantire la esistenza reale ed efficace del suo titolo di erede.

Questa garanzia contiene la promessa : 1° che la eredità sia di presente aperta : perocchè se si trattasse di un'eredità futura, il cedente sarebbe un erede presuntivo, poichè *nulla est viventis haereditas*; e per altro la vendita sarebbe radicalmente nulla (art. 1130, 1600 (1084, 1445)); — 2° che il venditore sia chiamato alla eredità o per il tutto o per la parte che egli dichiara; — 3° infine, che egli non abbia rinunziato, non sia stato riputato indegno, nè escluso dalla eredità, per l'intero o per una parte, da un legato universale o a titolo universale.

Inoltre, come è naturale, il cedente dovrà rispondere dei suoi fatti personali, poichè qualunque venditore, sebbene non abbia promesso alcuna garanzia, non può mai distruggere, assottigliare o turbare il dritto che egli ha conferito.

Abbiam detto che la garanzia di dritto ha luogo per il solo caso di un legato universale o a titolo universale, e non pel caso di legati particolari : ciò è stato controverso. Da un lato, si potrebbe dire che all'erede può esser tolta una ingente parte ed alle volte anche tutti i beni ereditarî a causa dei legati particolari; sicchè in alcuni casi è giusto accordarsi al compratore il dritto di farsi garantire, come per un legato universale o a titolo universale. Ma si potrebbe rispondere in contrario, chè il medesimo legato universale non fa venir meno assolutamente, come la rinunzia o l'indegnità, il dritto del successore *ab intestato*, poichè questi raccoglierà sempre i beni della eredità, se il legatario rinunziasse o fosse nullo il testamento, dal che si conchiuderebbe che l'esistenza di un tal

legato, ignorato al tempo della vendita, sarà uno dei rischi che debbonsi correre dal compratore del dritto ereditario, e che quindi non si possa dar luogo a garanzia. Secondo noi, tutte e due queste idee sono inesatte.

Da una parte infatti, qualunque legato universale o a titolo universale, se valido (e bisogna supporlo tale, poichè se fosse dichiarato nullo, non produrrebbe alcuno effetto e non si potrebbe quindi pretendere garanzia alcuna) toglie all'erede una parte o anche tutto il suo dritto ereditario, come avverrebbe se si presentasse un secondo erede o altro più prossimo, per cui verrebbe escluso il venditore. Invano si direbbe che il legatario può rinunziare; poichè del pari potrebbe rinunziare il nuovo erede che concorra col venditore o l'escluda: or siccome questa possibilità, finchè non si effettui, non può liberare nel caso di un novello erede dall'obbligo di garanzia, così anche dovrà dirsi per il nostro caso di un legatario universale. Non così pei legati particolari, i quali *in dritto* non restringono l'efficacia del titolo di erede, nè *in fatto* scemano o annullano i vantaggi che derivano da esso titolo, per cui in tal caso non si dovrebbe la garanzia di dritto, ma quella sola di fatto, cioè si dovrà vedere, esaminando le circostanze, quale sia stata la comune intenzione delle parti, come si dovrebbe fare allorchè si scovrano all'impensata ingenti debiti che si assorbiscono tutto o quasi lo attivo.

In breve: pei legati particolari si dovrà vedere in fatto se le parti abbiano voluto ammettere la garanzia; al contrario, pei legati universali, la garanzia è dovuta di dritto, del pari che per l'arrivo di un nuovo erede che escluderebbe il venditore o concorrerebbe con lui. Questo punto non è stato cennato dal più degli scrittori; ma Bourjon che ne parla par che l'intenda come noi: « Il venditore, egli dice, è obbligato di garantire che egli sia erede per la parte che ha dichiarato, *e che non vi sia testamento* IN CUI SI CONTENGA LEGATO UNIVERSALE. » (I, p. 469, n. 34).

La garanzia di dritto è dunque dovuta quando l'eredità venduta non esistesse, o non appartenesse al venditore (sia per lo intero o per una parte di quel che ha dichiarato di vendere) è tenuto in faccia al compratore evitto: 1° a restituirgli il prezzo (salvo a doversi applicare gli art. 1636 e 1637 (1482 e 1483) se l'evizione sia parziale); 2° alle spese del contratto; 3° se vi sia stato litigio, alle spese occorse; 4° infine ai danni-interessi, se vi sia luogo.

Duranton (XVI-518) e Troplong (II 956), seguendo i principî del dritto romano, quasi che il Codice non li avesse immutato, insegnano che nella vendita di una eredità esistente, ma cui non abbia dritto il venditore, questi dovrebbe restituire non il prezzo della vendita, come quando non esiste la eredità, ma il valore di essa eredità secondo l'estimo fattone, di guisa che se dopo il contratto la eredità fosse scemata di valore, il compratore riceverebbe meno di quel che avesse erogato. Ma è questo un errore, rigettato a ragione da Duvergier (II-314). In Roma ove il venditore non era tenuto a trasferir la proprietà della cosa, ma solo a procurarne il possesso al compratore, ove di conseguenza era valida la vendita della cosa altrui, era ben naturale che colui il quale vendeva una eredità non sua, e che quindi doveva, in forza di un contratto validissimo, procurare al compratore il possesso di essa eredità, fosse obbligato, in caso di inadempimento, a pagare al compratore il valore della eredità (Pothier, n. 528). Ma oggi che il venditore deve trasferire la proprietà della cosa, e che la vendita della cosa altrui è nulla come quella di una cosa non esistente (art. 1583, 1599 (1428, 1444)), il venditore dunque sarà soggetto alla medesima obbligazione (cioè a restituire il prezzo) tanto se la eredità non esistesse, che se ad altri appartenesse.

III. — Abbiam detto sopra che il cedente non vende il suo titolo di erede (*il che sarebbe impossibile, poichè la qualità di parente del defunto non si trasmette, nè il venditore si potrebbe sottrarre alle obbligazioni di cui è tenuto rispondere in faccia ai creditori e legatari della eredità*);

ensì tutti i dritti pecuniari, attivi e passivi, che sono annessi al titolo. Il compratore quindi raccoglierà nè più nè meno tutto quel che dipoi avrebbe raccolto l'erede, se non vi fosse stata vendita, tranne solo le cose che questi espressamente si abbia riservato.

In tal modo l'erede dovrà restituire al compratore tutti i frutti raccolti da quando si apriva la successione, fino al giorno in cui gli consegnava i beni ereditarî; le somme che avrebbe potuto ricevere in pagamento di crediti ereditarî o come prezzo di beni da lui venduti; il valore delle cose per se stesso consumate o che egli avesse donato. Duvergier (II-324) si oppone a quest'ultima idea, dicendo che lo erede, nel caso di donazione, non ritrae alcun vantaggio dall'alienazione; ma ciò è falso. In realtà lo erede cava un certo emolumento dalla sua alienazione, poichè egli (anche senza badare al lato morale) ha il dritto agli alimenti e a rivocare la sua donazione in alcuni casi; ma non sarebbe in ciò la quistione. Il compratore ha dritto, come dice poco prima il medesimo Duvergier (n. 318), a tutte le cose che appartengono alla eredità, sì quelle che ne facevano parte al tempo dell'apertura, che le altre dopo pervenutele; sicchè il valore dei beni ereditarî donati dallo erede sarà compreso nella vendita, se non vi sia fatta alcuna riserva. Certamente, come dice secondariamente Duvergier, si dovrebbe esser facili a riconoscere tale riserva nelle circostanze o nelle parole della convenzione; ma al postutto una riserva deve esistere, bisogna che il giudice raccerti in fatto la eccezione; senza di che, si dovrà sempre applicare il principio; e se il venditore, per modo d'esempio, non si fosse nemmeno dato pensiero di avvertire il compratore della donazione da lui fatta, i beni donati dovranno far parte della vendita, come tutti gli altri (1).

Se prima dell'apertura della successione, l'erede era debitore del defunto, o possedeva un immobile vincolato di una servitù in vantaggio del fondo di quello, il debito o la servitù, che si sono estinti per confusione, rinasceranno per effetto della cessione in favore del compratore, il quale acquista tutto ciò che deriva dalla successione, e quindi il credito o la servitù attiva che appartenevano al defunto. E ciò sempre in conseguenza del principio, che l'erede venditore non può conservar nulla della eredità, e che il cessionario diventa padrone di tutto. Però è manifesto, che se rinasce il credito contro lo erede, non può mica rinascere contro i terzi obbligati accessoriamente al debito, come fideiussori o altrimenti: il debito per essi era già estinto, nè potrebbe rinascere per una convenzione *inter alios acta*.

Secondo questo principio è ben facile risolvere in dritto una quistione, che si è tanto controversa, cioè se debba appartenere al compratore, o all'erede che vende, la parte di eredità a quest'ultimo pervenuta per accrescimento. Bartolo, Voët, Furgole ed altri dicono doversi attribuire al cessionario, e per l'incontro Cuiacio, Vinnio, Ricard, ec., l'attribuiscono al venditore. Pothier crede tanto delicata la quistione che non osa profferire il suo avviso; ma si restringe ad esporre le due contrarie dottrine (n. 546). Noi crediamo che questa in diritto non sia una quistione, ma un semplice equivoco, una difficoltà di fatto. Per vero, come si potrebbe mai in dritto mettere in dubbio, che lo accrescimento verificatosi in pro di un coerede sia una conseguenza della sua qualità, lo esercizio del suo dritto ereditario, e che quindi debba appartenere al compratore di esso dritto? Si direbbe invano, che non poteva essere nel pensiero dei contraenti di comprendere nel loro contratto una cosa che ancora non esisteva; poichè la vendita di una eredità è un affare eventuale, un contratto del tutto aleatorio, che comprende le cose prevedute e le imprevedute, l'attività e le passività note e ignote, insomma tutti gli eventi

(1) Dig. 2, § 3, *De haered. vend.*. Pothier (numero 535); Duranton (XVI-522); Troplong (II-967); Zachariae (II-p. 563).

o rischi, vantaggiosi o svantaggiosi che fossero... Ma infine, si risponde, il compratore può aver dritto allo intero, a tutto quello cioè che si comprende nella cosa venduta; ma l'erede al tempo del contratto era o si credeva erede della tal parte, egli dunque non ha potuto vendere più che questa... È in ciò appunto l'equivoco. Certo, se in fatto lo erede ha venduto la sola porzione ereditaria di cui era o si credeva in possesso al tempo del contratto, in tal caso il compratore non può pretendere più di questa parte che gli si è venduta; ma se tale restrizione non siasi fatta nell'atto, se si fosse venduto puramente e semplicemente il dritto ereditario; allora, secondo noi; non può mettersi in dubbio che lo accrescimento avvantaggerà il compratore.. Sicchè alla perfine la quistione non è di dritto ma di fatto: il magistrato dovrà decidere secondo le circostanze, se la vendita del dritto ereditario sia pura e semplice, o ristretta alla tal parte della eredità, e quindi pel dippiù riservata (1).

Dovranno eccettuarsi naturalmente dalla vendita dei dritti ereditari, tranne che non siasi dichiarato il contrario, le sole cose che abbiano per lo erede un grande valore morale, e nessuna importanza pecuniaria pel compratore, come i ritratti, le carte di famiglia, le lettere di nobiltà, i brevetti o le insegne di titoli o di uffici, ec. Ma se sia una cosa di grande valore morale e pecuniario (per esempio una decorazione o una miniatura fregiata di ricche gemme), l'erede, se voglia conservarla, dovrà farne riserva; poichè se la vendita fosse pura e semplice, non si potrebbe negare al compratore il dritto di togliere i 20, o 30,000 fr., o anche più di gemme, lasciando allo erede l'oggetto senza splendido ornamento, se questi non voglia rimborsarne il valore.

IV. — Insieme colle attività della successione, il compratore prenderà pure le passività. Egli dunque dovrà pagare tutti i debiti e pesi ereditari; e se lo erede, prima della cessione, ne abbia soddisfatto alcuni, se egli abbia pagato i dritti di mutazione, le spese funebri, le annualità corse delle rendite o gli interessi dei capitali, il compratore sarà tenuto a rindennizzarnelo.

Viceversa, se lo erede era creditore del defunto o esercitava una servitù attiva sopra un fondo del suo autore in vantaggio di un fondo suo proprio, la cessione farà rinascere la servitù o il credito.

Ma dovrà forse il compratore rimborsare l'erede delle somme che questi abbia indebitamente pagato, credendole dovute dalla eredità? Duvergier (II-347) risponde del sì, perchè era quello un atto di cattiva amministrazione con cui lo erede ha scemato per trascuratezza le attività ereditarie; e poichè non è mai tenuto in faccia all'acquirente dei deterioramenti (perchè d'ordinario si suppone che essi intendono consegnare e prendere i *beni nello* stato in cui si trovano), egli quindi non sarà risponsabile nè per questo caso di una somma indebitamente pagata, nè per qualunque altro caso. — Noi non sapremmo adottare cotesta idea. Gli è vero che l'erede non potrebbe rispondere dei deterioramenti cagionati nei beni ereditari per sua imprudenza; che egli, per mò d'esempio, non sarebbe tenuto ove un edificio perisse per mancanza di riparazioni abbisognevoli, ove facesse prescrivere un immobile, o avesse consegnato cose mobili a persone che credeva proprietarie, mentre non erano, e da cui nulla potrebbe ricavare perchè insolventi: una colpa di cui l'erede non dovrebbe dar conto, perchè commessa in suo proprio danno, quando era padrone dei beni, non può dar pretesto al compratore per domandare garanzia. Ma il caso nostro è ben diverso: non si deve liberare l'erede dal regresso di garanzia che il compratore vorrebbe esercitare contro di lui, ma accordargli un regresso contro il compratore: non è più il compratore che dimanda un indennizzo per lo scemamento dei beni ereditari cagionato dall'erede, ma

(1) *Vedi* Merlin (*Rep.*, alla parola *Dritti ereditari*, n. 7); Duranton (XVI 524); Troplong (II 972); Duvergier (II-339); Zachariae (II, p. 564).

ıesti al contrario domanderebbe dal com-
'atore una somma che ha perduto per sua
ıgghienza. Ma una tale pretensione non
ıtrebbe sostenersi; e se si deve ammet-
re che lo erede non debba rispondere in
ccia al compratore delle colpe commesse
ılla amministrazione, e che questi non
ıssa domandargli danni interessi, per-
ıè allora il primo era padrone dei suoi
ıni, non si potrà dire certamente, che
gli abbia dritto a' danni interessi contro
compratore per le sue proprie colpe! È
ıal fondata adunque la opposizione di Du-
ergier, e bene a ragione gli scrittori ge-
ıeralmente hanno ammesso la contraria dot-
rina (1).

Per altro non si deve ampliar di molto
ıuesto principio, che lo erede venditore
ıon debba rispondere in faccia al compra-
ore delle colpe della sua precedente am-
ıninistrazione. Ciò dovrà applicarsi per le
emplici colpe, non già per gli atti frau-
lolenti combinati dallo erede in danno
lel futuro acquirente. Se per modo di esem-
ıio, lo erede, o in di lui vantaggio perso-
ale, o per favorire i suoi amici, lasci cor-
ere appositamente una prescrizione, o
onsenta pretese transazioni o altri atti
leali e dannevoli alla eredità, gli è ma-
ıifesto che in tal caso il compratore po-
rebbe chieder conto di siffatta frode e do-
ıandare i danni-interessi.

V. — Daremo fine a questa materia con
re importanti osservazioni.

E in prima, sebbene la vendita della ere-
lità trasmette al compratore tutte le atti-
ità insieme colle passività, ciò nondimeno
o erede resta scaricato dall'obbligo di pa-
ıare i pesi in faccia al solo acquirente; i
reditori ereditarî, i quali conservano in-
egri i loro dritti, perchè la liberazione dello
rede deve riputarsi per rispetto ad essi
come *res inter alios acta*, rimangono li-
ıeri di agire contro l'erede come se ven-
lita non vi fosse. Essi avrebbero pur di-
itto a rivolgersi contro il compratore in
orza della vendita, sicchè a prima vista par-
rebbe che in ciò sia contraddizione; ma non
è così. I creditori, allorchè agiscono contro
il compratore, non esercitano un dritto loro
proprio, sibbene il dritto dell'erede loro debi-
tore. L'obbligo del compratore di soddisfare i
debiti dell'erede è un dritto che fa parte del
patrimonio di costui, dei suoi beni, ed è
appunto con tal titolo, ed in forza degli
articoli 2093 e 1166 (1963 e 1119) che si
esercita dai creditori dell' eredità. Questi
non sono in relazione diretta col compra-
tore; allorchè agiscono contro di costui,
essi esercitano un dritto che apparteneva
al loro debitore, poichè questa facoltà non
è punto in opposizione col loro dritto di
rivolgersi contro lo erede personalmente
con loro obbligato, ma ne è per l'incontro
una conseguenza. — Il compratore potrà,
come è chiaro, rivolgersi direttamente con-
tro i debitori della eredità, purchè adem-
pia, come appresso diremo, le formalità
che devono eseguirsi da qualunque cessio-
nario di crediti, ond'essere investito in fac-
cia al debitore.

Lo erede, il quale prima di avere di-
chiarato di accettare la eredità, la venda
in un modo assoluto, e senza nulla indi-
care nell'atto, fa con ciò stesso un atto di
disposizione che equivale alla accettazione
pura e semplice, di guisachè nè egli nè
il suo compratore potrebbero dopo diman-
dare il beneficio dell' inventario, e sareb-
bero quindi tenuti personalmente per tutti
i debiti ereditarî. Però le parti potrebbero
dichiarare nel loro contratto la volontà di
godere del beneficio dello inventario.

Se lo erede prima della vendita avesse
dichiarato regolarmente di accettare col be-
neficio dello inventario, è ben naturale che
la vendita dovrà intendersi fatta dei di-
ritti che sono annessi al suo titolo di erede
beneficiato, poichè egli non potrebbe ce-
dere altri dritti che quelli di cui è inve-
stito. Del resto, sarebbe giusto in tal caso
indicare nell'atto la qualità di erede bene-
ficiato, e la volontà di conservare il bene-
ficio.

(1) Pothier (n. 545); Delvincourt, (t. III); Cha-
ıot (art. 873); Duranton (XVI-523); Zachariae (II,
p. 561).

Diciamo infine, non ostante la contraria dottrina di una decisione della camera dei ricorsi, non esser necessario che la vendita dei dritti ereditarî si denunzî secondo lo art. 1690 (1536), per essere efficace in faccia ai terzi. Certamente se nella eredità si comprendessero dei crediti, sarebbe d'uopo, perchè il compratore ne fosse investito in faccia ai terzi, che la cessione si intimasse ai debitori o che questi l'accettassero, poichè l'art. 1690 (1536) non fa alcuna distinzione fra la cessione di un solo o di più crediti, facciano o pur no parte di altri beni; ma se cotesta vendita in quanto riguarda crediti, dev'essere denunziata od accettata, perchè e con qual pretesto dovrebbe esser pure denunziata sotto qualunque altro rapporto, in quanto è vendita di dritti ereditarî? Leggesi nella decisione della camera dei ricorsi, che l'articolo 1690 (1536) debba applicarsi a qualunque cessione di dritti, specialmente dei dritti ereditarî, perchè posto nel capitolo della cessione dei crediti *ed altri dritti*.

Ma questo argomento è manifestamente falso. Non sarebbe forse strano il dire che l'art. 1699 (1545), perchè scritto pure nel nostro capitolo, debba applicarsi a qualunque cessione di dritti, diguisachè ogni debitore di un credito ceduto potrebbe, in tutte le ipotesi e qualunque si fosse il credito, liberarsi rimborsando al cessionario il prezzo della cessione? Però, come è chiaro, l'art. 1699 (1545) è dettato pei soli dritti *litigiosi*; e gli art. 1689-1695 (1535-1541) pei dritti che costituiscono *dei crediti*, pei dritti che debbonsi esercitare *contro un terzo*, pei dritti, di cui il soggetto passivo è un debitore, al quale si dovrà fare la notifica. Or quando io vendo la eredità che si apre per la morte di mio padre, ove sarebbe il debitore dei miei dritti ereditarî a cui si dovrebbe fare la denunzia? Adunque è materialmente impossibile l'applicazione dell'articolo 1690 (1536), perchè manca il debitore. Nella specie presentatasi innanzi la camera dei ricorsi, l'erede, che avea ceduto fraudolentemente una seconda volta i suoi dritti, aveva a coerede un fratello: in questi volea scorgersi il debitore, a cui, dicevasi, si sarebbe dovuta denunziare la prima cessione per potersi opporre al secondo cessionario. Or due coeredi non possono affatto chiamarsi debitori l'uno dell'altro, ma comproprietarî che esercitano medesimamente e indipendentemente i loro rispettivi dritti sopra i beni ereditarî; per altro il secondo cessionario potrebbe dolersi e protestarsi per la mancanza di denunzia e di pubblicità di una precedente cessione, sia che il venditore abbia o pur no coerede.

Egli è sempre nella medesima condizione; il suo dritto e i suoi interessi sono i medesimi; sicchè se può nel primo caso giovarsi della mancanza di denunzia, lo potrà anche nel secondo; e siccome sarebbe assurda questa pretensione, si dovrà quindi rigettare quel sistema, quando pure non fosse chiaro che un coerede non è il debitore dell'altro.

Leggesi inoltre (nel rapporto di essa decisione) che i dritti del coerede venditore possono stabilirsi diffinitivamente per l'effetto della divisione; e che può ben avvenire, ove la eredità comprenda un solo immobile, che tutto fosse attribuito all'altro coerede, il quale in tal modo diverrebbe debitore d'una somma determinata per rispetto all'erede venditore, e quindi la vendita non sarebbe altro che una cessione di un credito... Ed erano i magistrati della Corte suprema che mettevano innanzi siffatti argomenti? Gli è vero che alle volte può accadere questa trasformazione di dritti reali in un dritto personale, che la proprietà del venditore o del suo cessionario si tramuti in un credito; ma pretendendo che questa è una eccezione particolare da cui non può tirarsi argomento per indurne una soluzione generale, chi non iscorge che anche in tal caso non reggerebbe l'idea. Per vero, perchè non supporre piuttosto che la trasformazione si operi al contrario, e che nella divisione l'erede venditore prenda l'intero immobile, e l'altro coerede ottenga una somma determinata? Inoltre, se gli è vero che debba denunziarsi la vendita del dritto ereditario, trasformato in un semplice cre-

ito, si dovrà forse dire per questo che ebba pure notificarsi quella fatta quando dritto ceduto versava sopra una parte ella proprietà dello immobile? In qualunue ipotesi, supposto pure che lo effetto diiarativo e retroattivo della divisione debba ungere fino a questo punto, è sempre erto però doversi pronunziare la nullità ella vendita, in faccia ai terzi, per non ssere stata denunziata, dopo che la divisione siasi cominciata e nel solo caso (che en difficile e per eccezione può presenarsi) in cui il dritto del venditore fosse ià divenuto un semplice credito. — Infine, i invoca un' altra decisione della camera civile del 1819, la quale è appunto contraria alla dottrina che noi combattiamo, avendo dichiarato necessaria la denunzia per la vendita dei dritti ereditari, perchè nella specie non potevansi applicare le regole del Codice, ma gli antichi principî del dritto scritto, secondo i quali il cessionario non diveniva padrone dei beni, ma acquistava un credito contro lo erede. Ciò importa implicitamente che la denunzia non sia necessaria per la vendita fatta dall'erede; infatti è questa la dottrina professata da una decisione posteriore della medesima camera e da tutti gli scrittori che trattano della quistione (1).

3. Della vendita dei dritti litigiosi.

1699 (1545). — Quegli contra cui fu da altri ceduto un diritto litigioso, può farsi liberare dal cessionario, rimborsandogli il prezzo reale della cessione, colle spese legittime, e cogli interessi da computarsi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione a lui fatta.*

1700 (1546). — La cosa si reputa litigiosa, quando vi sia lite o controversia sul merito di essa.**

1701 (1547). — La disposizione dell'articolo 1699 (1545) cessa:

1° nel caso che la cessione siasi fatta

(1) Ric., 23 luglio 1835 (Dev., 35, 1, 481). — Troplong (II-907); Duvergier (II-351); Zachariae II, p. 553); Rodière (*Rivista di legislazione*, t. IV, . 234); Rig., civ., 18 nov. 1819; Grenoble, 19 gosto 1825; Rig. civ., 16 giugno 1829; Tolosa, 4 nov. 1832 (Dev., 33, 2, 316). — *Vedi* pure una lecisione più recente, che in una specie differente pplicava la falsa teoria della camera dei ricorsi. Questa teoria era stata applicata dalla Corte di Douai, e il convenuto oppose nel ricorso la precedente decisione ed il rapporto che la precedeva; na la camera civile ne pronunziò lo annullamento. Cassazione, 22 ap. 1840 (J. P., 1840, t. 2, p. 597 599).

* Massime della C. S. di Napoli.

— Il retratto anastasiano ha luogo quando siasi venduto un dritto litigioso (art. 1545 ll. cc.). Ma non è dritto litigioso quello che prima della cessione fu da un giudicato liquidato e determinato in una somma certa ed invariabile, quantunque poscia fra il creditore ed il debitore siano nate quistioni riguardanti i mezzi coattivi da porre ad esecuzione il giudicato: questi mezzi sono diretti non contro l'esistenza del diritto, ma a vincere unicamente la resistenza del debitore, 10 nov. 1846.

— Il retratto litigioso può esercitarsi nella cessione degl' immobili ed anche in quella dei dritti incorporali.—Può esercitarsi tanto dall'attore quanto dal reo convenuto in giudizio.—È litigioso un dritto quando la controversia cade sul merito indistintamente, sia ne' giudizî petitorî, sia ne'possessorî, 7 gen. 1847.

— Il retratto anastasiano altro scopo non ha che quello importantissimo di minorare le liti e di soccorrere un onesto debitore; quindi non deve accordarsi a colui che dopo aver corso tutti gli stadî d'un giudizio, sol quando trovasi astretto dalla forza del dovere, in ultime cure ricorre a tal beneficio, mentre ha messo a pruova tutte le differenze e gli obblighi di un cessionario, 6 marzo 1847.

— Il retratto litigioso può competere contro il cessionario e non contro il cedente; non compete all'aggiudicatario, 8 giugno 1847.

— Non ha luogo il retratto anastasiano, quando sulla citazione non vi fu contestazione, ed una sentenza contumaciale vi ha fatto diritto, 15 giugno 1850.

— Non si accorda l'esercizio del retratto litigioso quando non si propone nel fine d'impedire l'ingresso all'azione, 3 giugno 1851.

— Il retratto litigioso non ha luogo quando non vi è materia contenziosa, 2 dic. 1851.

— Un credito liquidato non può ritenersi litigioso, 18 dic. 1852.

— Il retratto litigioso può esercitarsi in via di azione o di eccezione. Ed esercitandosi in quest'ultimo modo, può proporsi in qualunque stato di causa, nè si deve confonderlo con le eccezioni dilatorie, 18 giugno 1853.

**—Quando sia già surta una controversia, può anche pria della lite darsi luogo al retratto in virtù dell' articolo 1546 ll. cc. C. S. di Napoli, 25 agosto 1827.

ad un coerede, o condomino del dritto ceduto;

2° quando siasi fatta ad un creditore per pagamento di ciò che gli è dovuto;

3° quando sia stata fatta al possessore del fondo soggetto al dritto litigioso.

SOMMARIO.

I. Retratto di dritti litigiosi. La cessione deve farsi quando vi sia lite sul merito del dritto. Quando si verifica questa circostanza? Svolgimento.

II. Si devono rimborsare il prezzo reale, *i suoi interessi e tutte le spese* legittime · *conseguenze. — Il retratto si applica per la permuta e per la cessione delle cose corporali, ma non per le donazioni.—Quando può domandarsi?*

III. Tre eccezioni si fanno alla facoltà di retratto (e non quattro). La prima deve intendersi come un tempo : doppia inesattezza di Troplong : errore di Duranton.

I. — Le vendite di dritti litigiosi sono state sempre riguardate di mal occhio e il nostro art. 1699 (1545), allorchè permette a quegli contro cui fu ceduto un diritto litigioso, di farsi liberare dal cessionario, rimborsandogli il prezzo della cessione insieme colle spese e gl' interessi, non fa altro che consacrare una regola già ammessa dal nostro antico dritto, e prima in Roma colle due leggi *Per diversas* e *Ab Anastasio* (C. *mandati vel contra*, 22 e 23).

Questa regola si applica alla vendita dei *dritti litigiosi;* ma che cosa devesi intendere con ciò? Nell' antico dritto vi erano dispareri intorno a questo punto. I parlamenti di Parigi e di Tolosa, tenendosi al fatto materiale, dichiaravano dritti litigiosi quelli soli su cui faceasi controversia al tempo della cessione. Ma una tale idea era stata energicamente contraddetta : è ben facile, dicevasi, che un dritto sia litigioso manifestamente e che non si faccia al presente alcuna controversia, come per l' incontro può ben darsi che un dritto certo ed incontrastabile sia oggetto d' un litigio mosso meramente per cavillo; non bisogna quindi determinare il carattere d'un dritto ceduto dall'esistenza o non esistenza di una controversia, ma da tutte insieme le circostanze. Ciò appunto praticavasi dal parlamento di Bordeaux (1). Nondimanco il nostro Codice ha preferito il primo sistema; esso non ha voluto, con una disposizione che mira ad estinguere un litigio, dar luogo ad una valutazione che importerebbe per se stessa una lite; ma si è tenuto al fatto materiale. Pertanto un dritto sarà legalmente litigioso, non solo quando al tempo della cessione si faccia controversia per esso, ma anche se questa sia mal fondata : su ciò non può farsi alcun dubbio, infatti l'art. 1700 (1546) non dice solo che la cosa sia *litigiosa* realmente, ma che *si reputa* litigiosa, *quando vi sia lite e controversia* (2).

Del resto non basta che vi sia lite, ma bisogna che essa versi sul merito del diritto. Svolgiamo queste idee.

In primo bisogna che vi sia controversia al presente; non basterebbe che sembri imminente, inevitabile la lite, o che il dritto sia stato detto litigioso nell'atto di cessione, poichè questa qualificazione non avrebbe il senso del nostro articolo 1700 (1546) (3). — Non basterebbe nemmeno che siasi già spinta una prima citazione in conciliazione, la quale non mirerebbe a muovere una lite ma a spegnerla; e noi crediamo, non ostante l'opinione contraria di una decisione di Torino, che debba dirsi il medesimo anche quando fosse riuscito male il tentativo della conciliazione, poichè allora non esisterebbe la lite, ma sarebbe solo a temersi (4).

(1) *Vedi* Salviat (*Giurispr. del parlam. di Bordeaux*, alla parola *Cessione di azioni*).

(2) Cass., 5 luglio 1819; Rig., 24 genn. 1827; Parigi, 17 luglio 1836; Riom, 11 maggio 1839; Limoges, 16 maggio 1839; Rig., 9 feb. 1841; Rig., 20 marzo 1843 (Dev., 36, 2, 458; 39, 2, 483; 40, 2, 14; 41, 1, 220; 43, 1, 542).

(3) Vedi le precitate decisioni dei 24 genn. 1827 e 9 febbraro 1841.

(4) Metz, 6 marzo 1827, Dalloz (alla parola *Ob-*

Un dritto dovrà riputarsi litigioso non lo quando il giudizio sia finito in prima anza e ricominciato in appello, ma ane, come giustamente è stato giudicato lla Corte di Dijon e dalla camera dei rirsi, quando siasi intentato, ed ammesso ricorso in Corte di cassazione. Poichè se vero che questa Corte non costituisca un rzo grado di giurisdizione (cosa a cui esse volte non si bada), perchè non pronunzia vere statuizioni, ma semplicemente annulla (senza disporre altrimenti) o conferma (senza confermarle, come a torto ien detto dal più degli scrittori) le sentenze che le si presentano, non si può negare però che i due contendenti ritornano n quistione innanzi la camera civile, come nnanzi il tribunale d'appello, con questa ola differenza, che ove la decisione impugnata si annulli, non spetta alla Corte di cassazione, ma al tribunale a cui siano tate le parti rimandate di pronunziarne ltra.

Ma non bisogna dire, come nei motivi ella decisione di Dijon fu detto, che la uistione giudicata in appello, sarà semre tale, *finche non corrano intieramente termini pel ricorso*. Questo errore è stato igettato da una decisione di Bordeaux: possibilità di un ricorso importa possiilità d'un litigio; ma la legge vuole che sista la lite, non che sia possibile o imminente (1). — Per l'incontro, dovrà ripuarsi per legge non esservi litigio, non stante che in fatto siansi già spiegate le lomande, quando fosse ammessa la ecceione di cosa giudicata opposta dal conveuto; e ciò è ben chiaro, poichè in tal caso si fa quistione per vedere se debba larsi luogo o pur no a litigio, e la dichiarazione della cosa giudicata lo esclude ineramente (2).

Inoltre è necessario che il litigio versi sul *merito del dritto*, cioè che sia dubbia l'esistenza di esso dritto. Così se trattisi di dritti risultanti da una donazione, la quale sia impugnata di nullità, o per non essere stata accettata, o per non essersi adempita la tale o tal altra formalità, gli è chiaro che, sebbene questa sia una quistione di forma, pure si attacca *il merito del dritto*, la sua esistenza; così del pari, se l'avversario pretenda essersi prescritto il dritto, tal quistione verterebbe sul merito di esso, secondo l'articolo 1700 (1546), quantunque la prescrizione si qualifichi per lo più come semplice mezzo di *eccezione*, per contrapposto ai mezzi *del merito*. Bisogna dunque distinguere se il mezzo sia diretto soltanto a render vana la istanza presente, lasciando libero lo attore di agire nuovamente dipoi (o prendendo un'altra via, o rivolgendosi ad altri giudici, o evitando le irregolarità di forma che ora gli si oppongono), o se sia diretto a far dichiarare libero il convenuto, a respingere diffinitivamente e irrevocabilmente il dritto dello attore (3). — Ma si dovrà dire esservi controversia sul merito del diritto, quando si eserciti un'azione un giorno prima di essere trascorso il termine per la prescrizione, e quando il convenuto opponga la nullità della intimazione? Noi diciamo di no, poichè trattasi di una semplice eccezione di procedura, che non osta affatto alla facoltà di rinnovare l'azione. Gli è vero che ammessa tale eccezione, il dritto sarà probabilmente perduto, e inefficace quindi ogni azione ulteriore, poichè sarebbe già corsa la prescrizione; ma non per questo si dovrebbe immutare la regola di dritto.

Da una mano non vi è certezza che la prescrizione sarebbe opposta più in là, essendo il debitore libero di allegarla o no secondo sua coscienza; d'altra mano, e in ogni caso, la prescrizione che si compie non sarebbe affatto conseguenza della sentenza, la quale non la fa nascere, ma la lascia compiere. La sentenza qui non entra per quanto concerne il dritto; il litigio

bligazione, pag. 476); Duranton (XVI-534); Troplong (II-990); Duvergier (II-361 e 362).

(1) Dijon, 13 ag. 1831; Rig., 5 maggio 1835; Bordeaux, 18 genn. 1839 (Dev., 35, 1, 627; 32, 2, 261).

(2) Cass., 4 marzo 1823.

(3) Rig., 27 luglio 1826; Amiens, 11 genn. 1839; Riom, 11 maggio 1839; Tolosa, 7 maggio 1840 (Dev., 39, 1, 381 e 483; 40, 2, 347).

ha per fine la validità della istanza, non la esistenza del dritto; per cui il caso non rientra nella regola dell'art. 1700 (1546).

II. — Vediamo ora le altre varie regole del principio stabilito dai nostri articoli, onde poi esaminarne nel num. III le sue eccezioni.

E in prima, colui contro il quale è stato ceduto il dritto non può far dichiarare il retratto, se non se rimborsando al cessionario tutto ciò che egli abbia lealmente pagato: il prezzo reale della cessione; le spese di contratto; le spese fatte nella istanza fino alla domanda del retratto; infine gli interessi del prezzo dal dì in cui il cessionario lo ha pagato fino al pagamento o all'offerta reale. — Con ragione dice il Codice che dee pagare il *prezzo reale*; per cui, quando il debitore potrà provare che in fatti siasi pagato di meno del prezzo apparente, egli dovrà pagare il reale. E del prezzo reale saranno dovuti gli interessi, e similmente sopra esso si calcoleranno i dritti di mutazione, benchè il cessionario li abbia pagato sull' intero prezzo apparente nel contratto. Gli è vero che in questo caso il cessionario non sarà ristorato del tutto, e potrà soffrire una rilevante perdita; ma è ciò molto giusto, legale e da desiderarsi. È giusto che restino a peso del cessionario le somme pagate da lui, non come conseguenza del suo acquisto, ma per concertare la frode; così dispone il Codice, prescrivendo di domandarsi la restituzione delle spese legittime, e quelle non lo sono certamente; d'altra parte, le frodi potrebbero delle volte impedirsi per il timore che può avere il cessionario di rimaner colto nell' agguato. Pertanto ben ragionevolmente la Corte di Parigi e la Corte suprema, in una specie in cui un tal Rignon, agente di affari, ebbe la impudenza di fare apparire 60,000 fr. il prezzo di una cessione che egli aveva pagato 1,930 fr., giudicarono che i dritti di mutazione si dovessero valutare sui 1,930 fr., restando a peso del detto Rignon l' eccedenza dei 58,070 franchi (1).

Se l'acquisto del dritto litigioso non si fosse fatto a denaro ma mercè la dazione di una cosa corporale, di guisa che vi sarebbe stata permuta, dovrebbe sempre applicarsi il nostro principio; perciocchè, secondo l'articolo 1707 (1553), sono *generalmente* comuni alla permuta le *regole* della vendita: non il prezzo della cessione, che qui non ce n'ha, ma invece si pagherebbe per quanto vaglia la cosa rilasciata dall'acquirente (2).

Si applicherebbe medesimamente il principio se apparisse dall'atto essersi venduto o permutato non il tale o tal *diritto*, ma la tal *cosa*, mobile o immobile, su cui verte la lite. Erronea è la contraria sentenza di Delvincourt e d'una antica decisione della C. supr. (24 nov. 1818). Il Codice intende parlare della cessione di ogni azione, di ogni lite. Quando fra Pietro e me evvi contesa sulla proprietà d'una casa, che monta se io dichiari di vendervi *il mio dritto* sulla casa, ovvero *la casa?* Forse la vendita della casa non è la vendita *del dritto* tale quale, del dritto *litigioso* che nella specie si ha sulla casa? Lamoignon diceva: « il cessionario di *fondi ed altri dritti* litigiosi »; e Ferrières: « la cessione delle azioni e delle cose litigiose »; e il Codice a sua volta, parlando prima del *dritto litigioso* nell'art. 1699 (1545), parla della *cosa litigiosa* nell'art. 1700 (1546), e del possessore *del fondo* nell'art. 1701 (1547) (3).

Ma non si applicherebbe più il principio se si fosse fatta donazione del dritto *litigioso*, avvegnachè la disposizione eccezionale per la vendita non si possa estendere alla donazione. E a buona ragione il Codice, siccome il nostro antico dritto, e siccome il dritto romano, non usa il medesimo rigore per le donazioni, perchè in queste non scorgesi quella brama di speculare che muove in generale gli accatta-lite. — Se l'atto fosse una donazione onerosa, si do-

(1) Lamoignon (Arrêtès, t. I, p. 142); Ferrières (*Parigi*, art. 108, § 3); Troplong (II-1001); Duvergier (II-379); Rig., 22 lug. 1851 (Dall., 51, 1, 265).

(2) Parigi, 14 febb. 1834; Rig., 1 lug. 1835 (J. P., alla loro data).

(3) Rig., 19 ott. 1814; Duranton (XVI-549); Troplong (II-1002); Duvergier (II-387).

vrebbe dai magistrati indagare accuratamente, secondo le circostanze, se l'atto sia realmente ciò che appare, o se piuttosto, come spesso accade, sia una vendita reale per un vil prezzo, la di cui stessa viltà (solita in simiglianti cessioni) sarebbe un mezzo onde mascherar meglio l'indole vera del contratto (1).

Ben si comprende che fra le donazioni e non fra le vendite si dovranno collocare gli atti di abbandono di beni o le donazioni di anticipata successione (Rig., 15 marzo 1826).

Da ultimo, il retratto si può esercitare fino a che penda il litigio presente sul diritto, e quindi in appello, e innanzi una Corte di rinvio dopo lo annullamento, siccome in prima istanza, ma non quando la lite più non esiste, perchè allora manca il dritto litigioso, per cui non può più conseguirsi il fine del retratto che è di evitare il litigio. Di conseguenza il debitore non potrebbe nel tempo stesso difendersi nella lite e fare accogliere le conclusioni, con cui domanda il retratto in evento che sarebbe per succumbere, poichè, perduta la causa, non potrebbe esercitarsi più il retratto (2).

Del rimanente, potrebbe soffrire eccezione in uno o in altro senso la regola che la domanda del retratto può farsi sempre durante il litigio, e non dopo. Se innanzi di profferirsi la decisione, si riconosca in fatto che il debitore domandi il retratto, perchè vede perduta la sua causa, e affin di schivare una condanna già certa e inevitabile, non gli sarà accordato il retratto, poichè egli ha agito con frode, onde cumulare il beneficio del retratto col vantaggio di una causa spinta al suo termine. Viceversa dovrebbe accordarsi il retratto, dopo profferita la sentenza, se il cessionario avesse tenuto occulta la cessione fino a quel punto presentandosi nella causa come semplice mandatario del cedente, e lo avesse notificato dopo la sentenza. Difatti la frode sarebbe stata in senso inverso, nè si potrebbe conservarne gli effetti senza rendere vana la legge (3).

III. — Di coteste tre eccezioni ammesse dall'articolo 1701 (1547) al principio già svolto, e che furono riprodotte dalle leggi *Per diversas* e *Ab Anastasio,* la sola prima ha fatto sorgere sotto l'impero del Codice una difficoltà imbarazzante per taluni interpreti.

Questa eccezione è dettata per la cessione fatta ad un *coerede o comproprietario* del dritto ceduto. Or mentre il diritto romano e il nostro antico dritto dichiaravano positivamente che si intendesse parlare della cessione fatta al coerede o comproprietario dal suo *coerede o comproprietario*, il Codice non è così esplicito, ondechè è stato controverso se l'eccezione dovrebbe anche ammettersi quando si facesse la cessione da un estraneo al comproprietario. Duranton (XIV-539), non osando, egli dice, far distinzione dove il Codice non ne fa, sta timidamente per l'affermativa; e Troplong (II-1005 e 1006), che si attiene a buon diritto alla negativa, e crede necessaria, come in Roma e nell'antico dritto, la cessione fatta dal comproprietario al suo comproprietario, fa prevalere al testo lo spirito della legge, e riconosce che vi si comprenda anche la cessione fatta da un estraneo. Noi fermamente crediamo con Duvergier (II-392), che non solo per lo spirito dell'art. 1701 (1547), ma anche per il suo testo, non debba applicarsi la eccezione che alla sola cessione fatta dal comproprietario all'altro comproprietario. Gli è manifesto per lo spirito della legge; perchè, come dice Troplong, delle due cose l'una o il comproprietario acquistando da un terzo il dritto litigioso, ha agito nell'interesse generale della comproprietà, e allora si recherebbe in atto la sua pretensione, accomunandosi l'oggetto del suo acquisto, cioè accordando il retratto ai suoi comproprietari; o ha agito

(1) Troplong (II-1009); Duvergier (II-388); Zachariae (II, p. 573); Rig., 15 marzo 1826; Tolosa, 13 dic. 1830.

(2) Cass., 1 giugno 1831; Rig., 8 marzo 1832; Bourges, 10 febb. 1838 (Dev., 31, 1, 245; 32, 1, 446, 38, 2, 372).

(3) Pothier (n. 597); Troplong (II-999 e 988); Duvergier (II-377 e 378); Rouen, 16 marzo 1812.

nel suo esclusivo interesse, e allora egli ha comprato una lite contro la comunione, e per la sua qualità, egli, più che altri, va sottoposto al principio del retratto, perciocchè doveva schivare le liti e le difficoltà nella divisione da fare. Ma d' altro lato a questo riuscimento si verrebbe secondo il testo medesimo, e Duranton e Troplong lo avrebbero certamente notato se vi avesser posto mente. Infatti il testo non è così ampio come si suppone; esso non vuole soltanto che il cessionario sia un *comproprietario* assolutamente, cioè uno dei comproprietarî del dritto o della cosa, su cui verta la pretensione che si sarebbe ceduta, ma per dippiù richiede che il cessionario sia un *comproprietario* DEL DRITTO CEDUTO, un comproprietario *del dritto stesso che forma l'oggetto della cessione*. Or siccome un dritto comune non può esser ceduto che da uno dei comproprietarî, ne deriva che richiedendosi nel cessionario la qualità di comproprietario *del dritto ceduto*, lo saranno insieme ed egli e il cedente, poichè questi lo deve essere necessariamente. Il testo adunque si applica alla cessione in cui le due parti siano comproprietarie, e non comprende nei suoi termini, come male credettero Troplong e Duranton, la cessione di un estraneo. E la prova ne è porta da un esempio scelto da Troplong, il quale suppone un litigio tra una eredità devoluta a Pietro e a Paolo, e un creditore ereditario che ceda a Pietro il credito litigioso. È erroneo che questo caso rientri nell'art. 1701 (1547); Pietro era comproprietario con Paolo di tutti i beni componenti la eredità, ma non era per niente *comproprietario del dritto ceduto*, cioè del credito venduto da Filippo, che a costui esclusivamente apparteneva. Pertanto la nostra prima eccezione, anche secondo il testo, deve intendersi per una cessione fatta da un comproprietario al suo comproprietario, e che quindi ha per fine il desiderio di far cessare la comunione (1).

Le altre due eccezioni sono facili ad intendersi. L' una è ammessa in favore del creditore che si fa cedere dal debitore un dritto litigioso in pagamento del suo credito, non v'ha cosa più legittima che il farsi pagare il debito. Se non che è mestieri che il credito sia reale e che non nasconda una frode alla legge. L' ultima è stabilita per la cessione fatta al possessore di un fondo soggetto al dritto ceduto. Così il possessore, che affin di schivare una rivendica, si fa cedere il dritto da un terzo che si pretenda parimente proprietario, il detentore che compra un credito ipotecato sull'immobile posseduto, l'usufruttuario che acquista i dritti da chi pretenda la proprietà dell'immobile, tutti coloro insomma che si fanno cedere un dritto che deve esercitarsi sull'immobile da essoloro posseduto, sebbene sia litigioso al tempo della cessione, saranno al coverto dal retratto, perchè stante la loro condizione non sono da pareggiarsi ai miserabili compratori di litigi.

Troplong (II-1004 e 1009-1010) porge come quarta eccezione il caso in cui il dritto litigioso fosse l'oggetto di una donazione; ma non è questa un'eccezione, avvegnachè si possa soltanto eccettuare da un principio ciò che in esso è compreso, e la donazione non lo è nella regola del retratto.

Si deve medesimamente riguardare come esclusa da quella regola la cessione di un dritto litigioso come semplice accessorio della cosa venduta; per mò d' esempio, quando nella vendita di una terra si comprendono insieme i dritti che si possono avere contro gli affittaiuoli che la coltivano, fra i quali uno litigioso, o quando il dritto litigioso fosse uno dei beni che compongono una eredità. In tal caso il compratore nulla ha in comune con quei compratori di liti che sono segno della legge; il dritto litigioso è un accessorio che confondesi col principale; non vi ha che una sola vendita, quella della *terra* o della *eredità* (coi suoi accessorî), e non già la vendita dei dritti litigiosi secondo è inteso dalla legge (2).

(1) Rig., 8 frimajo, anno XII; Rig., 18 luglio 1838; Rig., 22 luglio 1851 (Dev., 38, 1, 790; Dalloz, 51, 1, 265).

(2) Pothier (n. 593), Troplong (II-1911), Duvergier (II 397).

SUNTO DEL TITOLO SESTO

DELLA VENDITA.

I. — In questo sunto studieremo successivamente:

1° La natura del contratto di vendita e sua forma, e in proposito di ciò parleremo della licitazione; — le condizioni necessarie perchè esso esista o sia valido: ciò sono il consenso delle parti, e qui della capacità delle persone; la cosa, e qui delle cose che possono o non essere vendute; il prezzo, e qui delle regole intorno al prezzo vile, e al prezzo non vero (cap. 1, 2, 3 del Codice; cap. 6, sez. 2; cap. 7);

2° Le diverse specie di vendita, e specialmente; vendite pure e semplici, a termine e con condizioni o sospensive o risolutive, e massime della *vendita col patto di ricompra;* vendita a misura, in massa, con caparra, ed anche le promesse di vendita (cap. 1; e cap. 6, sez. 1);

3. Le principali obbligazioni che rampollano dalla vendita, e quanto al venditore, e quanto al compratore (cap. 4 e 5);

4° Infine le regole speciali alle vendite di crediti od altri dritti (cap. 8).

Divideremo dunque il nostro Sunto in quattro capitoli.

CAPITOLO PRIMO.

DELLA NATURA DELLA VENDITA, DELLA SUA FORMA E DELLE SUE CONDIZIONI.

SEZIONE PRIMA.

NATURA E FORMA DELLA VENDITA.

II. — La vendita è un contratto col quale una delle parti trasferisce all'altra la proprietà di una cosa per un prezzo che questa si obbliga pagare. *Trasferisce* la proprietà, non *si obbliga* a *trasferire*, come non di rado si dice; giacchè il Codice mutando qui gli antichi principî, non ha soltanto sostituito una obbligazione ad un'altra (quella di procurare al compratore il dritto della proprietà, a quella di procurargli il possesso), ma fatto della vendita un contratto con cui trasferiscesi la proprietà, laddove prima produceva soltanto obbligazione, per guisa chè la proprietà si trasmette non per la tradizione, ma per lo effetto immediato della convenzione. — E col solo consenso si trasmette la proprietà non tanto per rispetto al venditore, come potrebbe inferirsi dal testo del Codice, ma assolutamente per rispetto a tutti, avvegnachè la quistione rimasta in sospeso nel nostro titolo ed in quello delle Donazioni, sia stato appresso risoluta nel titolo delle Ipoteche.

Per altro, se gli è così di ordinario, può la vendita in qualche caso di eccezione generare la sola obbligazione di rendere proprietario; il che avviene 1° quando la vendita non è perfetta, come se il corpo non sia certo, o non si sappia il prezzo; 2° quando si è stipulato che il compratore diverrà proprietario dopo un certo termine (art. 1583 (1428), nn. I-III).

III. — Generalmente non si richiede alcuna forma per la vendita, essendo valida se verbalmente o con atto autentico; ed è necessario stendere una scrittura pubblica o privata per la prova, non mai perchè il contratto sia valido (art. 1583 (1428), numero V).

Ma non è così in alcuni casi. Così, vedremo nel capitolo 4 quali formalità sieno necessarie per essere valide verso i terzi le vendite di crediti; è pur risaputo che

i beni dei minori, degl'interdetti, ec. non possono vendersi altrimenti che al pubblico incanto, e con le formalità speciali indicate dalla legge.

Sarebbe errore il credere, secondo parrebbe dal testo del Codice, che fosse il simile per ogni licitazione. Quando una cosa in comune fra parecchi non può dividersi senza deterioramento o senza grande incommodo, od anche quando alcuno dei comproprietari non voglia prendere nè in parte nè intera la cosa che potrebbe facilmente dividersi, bisogna incantarla, cioè attribuirla ad un solo mercè una determinata somma che si dividerà fra i vari comproprietari. Or l'incanto che legalmente è una divisione quando la cosa si aggiudica ad uno dei comproprietari, è vendita se si aggiudica ad un estraneo.

Se tutti i comproprietari sono presenti e padroni dei loro dritti, possono non chiamare gli estranei, e ove pure li chiamino, far l'incanto come lor piace e senza bisogno di magistrati nè di notari; nel caso contrario, è necessario chiamare gli estranei e adempiere le formalità indicate nel titolo delle Successioni e nel Codice di procedura (art. 1686-1688 (1532-1534)).

SEZIONE II.

DELLE CONDIZIONI DI ESISTENZA E DI VALIDITÀ DELLA VENDITA.

IV. — Tre elementi sono essenziali al contratto di vendita: il consenso delle parti, la cosa, il prezzo.

§ 1. — *Del consenso delle parti.*

V. — Il consenso che è necessario per il prezzo e la cosa, deve anche, come in ogni altra convenzione, essere non inviziato da errore, violenza o dolo, e dato da persone capaci; fuori le cause generali d'incapacità, havvene alcune speciali al contratto di vendita.

E dapprima, il contratto di vendita è vietato fra i coniugi; ma con le seguenti tre eccezioni. 1° La vendita può farsi o dal marito alla moglie, o da questa a quello, quando profferita la sentenza di separazione di beni, l'uno dei coniugi costituito debitore verso l'altro, fatto liquido il conto fra loro, cede dei beni all'altro, in pagamento del suo debito. 2° Può farsi, anche oltre il caso di separazione giudiziale, ma solo dal marito alla moglie, in pagamento di un debito presente del primo. 3° Infine può farsi dalla moglie al marito, fuori il caso di separazione giudiziale, purchè non vi sia comunione, affin di pagare al marito una somma od un credito che ella aveagli promesso in dote (articolo 1595 (1440), I-III).

Ogni altra vendita che si farebbero i coniugi in altri casi che non sieno i sopra riferiti, fosse pure sincera, ovvero una donazione mascherata, potrebbe annullarsi ne' dieci anni dal dì che si scioglierebbe il matrimonio. Se in una vendita lecita fra coniugi si fosse fatta al coniuge compratore una indiretta liberalità, questa dovrà essere ridotta alla porzione disponibile sulla istanza degli eredi legittimari del venditore (1595 (1440), IV e V).

VI. — Sono dichiarati assolutamente incapaci di comprare: 1° I tutori, pei beni di coloro dei quali hanno la tutela. *Fra i* tutori si comprendono quelli delle persone interdette legalmente o giudiziariamente, non che quelli dei minori, i protutori o contutori e tutti gli altri tutori; ma non sapremmo applicare questa regola, nonostante le discordanze fra gli scrittori e le decisioni, ai tutori surrogati, curatori o consulenti giudiziari, poichè la disposizione della legge è dettata come eccezione, e non si può quindi estendere a persone che in essa non sono comprese. — 2° I mandatari, pei beni che sono incaricati di vendere. Questa incapacità, sotto il Codice Napoleone

non si estendeva al patrocinatore di un creditore che procedeva a pignoramento d'immobili; ma la legge dei 2 giugno 1841 l'ha estesa anche per lui. — 3° I sindaci ed altri amministratori, pei beni dei comuni o degli stabilimenti pubblici affidati alla loro cura. — 4° Infine, i pubblici uffiziali pei beni nazionali che si vendono col loro ministero; questa regola, checchè se ne dica in contrario da alcuni, deve applicarsi pure, come fu detto al Consiglio di Stato, tanto al prefetto che si facesse surrogare per la vendita, quanto a colui che procederebbe alla vendita, poichè allora il delegato rappresenterebbe il delegante.

In questi quattro casi, la vendita potrà anche annullarsi entro a' dieci anni in vantaggio di coloro nell'interesse di cui si è stabilito il divieto (art. 1596 (1441).

VII. — Da ultimo il Codice proibisce, sotto pena di nullità, dei danni ed interessi e delle spese, i magistrati, gli avvocati, i patrocinatori, gli uscieri, i notari, i procuratori ed altri difensori addetti ad un tribunale, di qualunque grado esso sia, di diventare cessionarî delle liti, ragioni ed azioni litigiose che sono di competenza di esso tribunale. — Il divieto si estende a tutto ciò che sia della competenza del tribunale, cioè per qualunque pretensione su cui il tribunale sia o possa esser chiamato a giudicare, di guisa che i magistrati, i cancellieri, ec., della Corte di cassazione vi saranno soggetti per tutta la Francia e le colonie, siccome quelli di un circondario per il solo distretto; ma non si dovrà estendere più oltre, sicchè i componenti un tribunale di distretto possono comprare i diritti su cui dovrebbe statuire un altro tribunale dipendente dalla medesima Corte di appello, e i componenti questa Corte possono comprare quelli su cui debba pronunziare in ultima istanza uno dei tribunali del suo distretto. — Del resto questo divieto non si applica solo, come la regola stabilita nel capitolo 4 per la vendita dei dritti litigiosi fatta a qualunque altra persona, ai dritti pei quali già si faccia lite, ma a quelli per cui può nascere un litigio (1); esso si applica pure ai patti che diconsi *de quota litis*, e non va soggetto a nessuna delle eccezioni stabilite per la regola del cap. 4.

Si avverta infine che questo divieto è fondato su d'un motivo di ordine pubblico, e che quindi la convenzione non è solo annullabile, ma nulla rigorosamente; sicchè il contratto dovrà riguardarsi come inesistente per legge (1597 (1442)).

§ 2. — *Delle cose che possono vendersi.*

VIII. — Perchè la vendita si formi legalmente, è necessario che l'oggetto esista, nè sia fuori commercio o per l'indole sua, o per la legge.

L'oggetto deve esistere; il contratto di compra-vendita che risguardasse una cosa che è di presente distrutta, sarebbe nullo per mancanza di oggetto, e il compratore che avrebbe pagato il prezzo stabilito, potrebbe ridomandarlo nei trent'anni come pagato indebitamente e senza causa.

Egli ciò potrebbe, se pure avesse conosciuto al tempo della vendita che la cosa non esisteva, e che il venditore lo avesse ignorato. In tal caso potrebbe egli certamente esser condannato ai danni-interessi, e a ristorare i danni cagionati; ma non dovrebbe cosa alcuna come prezzo della vendita, giacchè questa non esiste per mancanza d'oggetto (1601 (1447)-I).

Se la cosa fosse perita in parte, il compratore ha la scelta o di fare annullare il contratto o di contentarsi d'uno scemamento di prezzo. In questo caso però, diversamente di quel che avviene nel caso di evizione parziale (cioè quando il contratto è validamente formato), il contratto può fare annullare la vendita, quando pure la parte della cosa perita non fosse tanto notevole da potersi inferire che senz'essa egli non

(1) Aggiungasi alle autorità citate nella p. 124: Rig., 11 febb. 1851 (Dev., 51, 1, 199).

avrebbe comprato. Ma gli si dovrà negare la scelta se sia chiaro, per la pochezza della cosa perita, che il compratore voglia da ciò cavar pretesto per domandare lo scioglimento. — Se al tempo della vendita il compratore avesse conosciuto la perdita parziale della cosa, il contratto resterebbe valido, e non si potrebbe nemmeno domandare uno scemamento di prezzo, poichè si presume naturalmente che il compratore abbia riconosciuto che la cosa meritava ancora il prezzo da lui sborsato (*ibid.*, II).

Ma allorquando si vende quel che può rimanere di una cosa, sarebbe valida la vendita, quand'anche quella perisse interamente, poichè in tal caso il compratore corre rischio di aver tutta la cosa, poco o nulla. Infine è manifesto doversi applicare le sopraddette soluzioni per il caso in cui si vendano insieme molte cose, una o più delle quali non esistessero (*ibid.*, III).

IX. — Inoltre è necessario, se non assolutamente, almeno per quanto concerne il contratto di vendita, che la cosa non sia fuori commercio, o per sua medesima natura, o per disposizione della legge.

Secondo questo principio non può vendersi la cosa altrui. Un tempo ciò si permetteva, poichè la vendita produceva soltanto l'obbligo di procurare il possesso; ed anche oggi si potrebbe, se la vendita importasse solo l'obbligo di trasferire la proprietà; però sotto il Codice la vendita non fa nascere soltanto una obbligazione, ma trasmette direttamente la proprietà, sicchè non potendosi vendere che una cosa propria del venditore, si dovrà riputar legalmente nulla e come non avvenuta qualunque vendita della cosa altrui. — Molte quistioni si son fatte intorno alle conseguenze giuridiche della nullità della vendita della cosa altrui; ecco la dottrina che noi seguiamo.

Poichè l'atto è per legge inesistente, il vero proprietario della cosa avrà dritto a rivendicarla finchè non sia corsa una prescrizione, e inoltre il compratore potrà non solo non pagare il prezzo rifiutandosi a prendere la cosa o restituendola, ma anche avrà dritto a ripetere il prezzo pagato durante trent'anni, e non dieci come spesso si insegna dagli scrittori, poichè quest'ultimo termine ha luogo allorquando l'atto sia annullabile, e qui la vendita è nulla. Questo dritto potrà esercitarsi dal compratore anche quando abbia conosciuto che la cosa non apparteneva al venditore, e che questi lo abbia ignorato: certamente in tal caso il compratore, attesa la sua slealtà, oltre le spese del contratto che devono da lui pagarsi, potrà anche esser condannato ai danni-interessi; però la vendita è sempre nulla e quindi si dovrà restituire il prezzo. — In quanto concerne il venditore, bisogna distinguere quando possa opporre la inesistenza del contratto e quando no. Se egli non abbia ancora consegnato la cosa venduta, sarà in dritto di negarsi al rilascio di essa cosa; la vendita di ciò che non è suo costituisce un atto illecito, ma non per questo lo si potrebbe astringere a commetterne un secondo, rilasciando la cosa: egli dovrà in tal caso procurare di render valida la sua vendita, ottenendo dal vero proprietario che gli venda la cosa; ma se questi si nieghi, il suo dovere è di restituirgliela pagando al suo compratore tutti i danni-interessi. Ma se il venditore della cosa altrui l'abbia già consegnato al compratore, egli non avrà più dritto a farsela restituire. La proprietà della cosa non appartiene al compratore, perchè nulla la vendita, molto meno però appartiene al venditore: il vero proprietario ha solo dritto a farsela restituire; il venditore non dovrebbe che avvertirlo, affinchè se la ritolga, se non voglia venderla, salvo il dritto del compratore pei danni-interessi (1599 (1444), I-III).

X. — Il venditore della cosa altrui dovrà esercitare le parti di venditore e risentirne le conseguenze, finchè legalmente possa farlo; sicchè se egli per un motivo qualunque diventi proprietario della cosa, allora la vendita sarà immediatamente perfetta, e la proprietà trasmessa nel compratore: essendo proprietario il venditore, nasce naturale d'obbligo di trasferire la proprietà, e siccome nel nostro dritto questa obbligazione si compie *ipso jure* appena

ata, il compratore quindi sarà divenuto immediatamente proprietario, e non potrebbe più pretendere l'annullamento della vendita. Non sarà il medesimo se la qualità di proprietario si riunisse a quella di venditore, dopochè il compratore avesse intentato l' azione di nullità della vendita: allora infatti questi si reputerà aver rinunziato agli effetti che potevano nascere dalla convenzione, allo evento di acquistare la proprietà. E siccome ha già manifestato una volontà differente quando la proprietà gli viene offerta, la vendità rimarrà nulla e il compratore conserverà il dritto di farla dichiarare inesistente. — Questo dritto è una facoltà per costui; infatti egli potrebbe recedere dalla sua domanda ed accettare la proprietà che gliene è offerta.—Sarà anche il medesimo allorchè il vero proprietario ratifichi la vendita. Se la ratificazione avvenga prima che il compratore sperimenti la sua azione, la vendita sarebbe inoppugnabile; se dopo, il compratore sarà libero o di far dichiarare la nullità, o di render valida la vendita.

Sebbene la vendita della cosa altrui sia per legge inesistente, pure il compratore di buona fede avrà dritto a prendere i frutti, domandare i danni-interessi, e a prescrivere entro dieci o venti anni, se la vendita sia d' immobili, e momentaneamente se di mobili. In ciò non vi ha alcuna contraddizione; ed è un errore il dire che non si possa sostenere la inesistenza di un atto quando gli si fanno produrre degli effetti, poichè cotesti dritti non derivano affatto dalla vendita considerata come tale, ma si esercitano dal compratore o per effetto del danno sofferto, o in conseguenza del suo possesso di buona fede. — Infine è chiaro che non può riputarsi come vendita della cosa altrui, e che quindi sia interamente valido, l'atto in cui una parte si obblighi in faccia all'altra di farle ottenere la proprietà di una cosa appartenente ad altrui (1599 (1444), IV-VI).

XI. — Fra le cose che sono fuori di commercio per disposizione della legge va compresa l'eredità di una persona vivente: la vendita, sia della intera eredità, o di uno o più beni che la compongono, è riguardata come contraria ai buoni costumi, sebbene fosse fatta col consenso del *de cujus*; e si potrebbe per trent'anni (non ostante lo strano sistema seguito da alcuni scrittori per restringere questo termine), intentare l'azione per comprovare l'inesistenza legale.

Se si fosse venduto con unico prezzo una eredità futura insieme con beni presenti, la vendita sarà nulla per lo intero, perocchè il magistrato non ha dritto di stabilire il prezzo per i soli beni presenti; e ciò se il compratore non consenta pagare l'intero prezzo convenuto pei soli beni presenti (art. 1600 (1445)).

XII. — Alcune leggi speciali proibiscono la vendita delle armi nascoste e segrete (come stili, pugnali, pistole da tasca, ec.), dei frumenti immaturi, salvo in alcuni casi. — Inoltre devesi noverare come fuori commercio per sua medesima natura la dimissione di qualunque ufficio pubblico, tranne di quelli per cui la legge del 28 aprile 1816 permette di presentare un successore. La giurisprudenza non è ferma su questo punto; ma i principî sono chiari. Infatti, se un ufficio pubblico è una cosa fuori commercio, non lo è meno la dimissione, la quale avviene fra il titolare e il Governo: essa quindi non può formare oggetto di una convenzione privata, di un contratto pecuniario, salvo la eccezione stabilita dalla legge del 1816.

Una tal convenzione sarebbe radicalmente nulla perchè contraria all'ordine pubblico, e quindi si potrebbe ripetere durante trent'anni la somma che si fosse potuta pagare. Sarebbe il medesimo se si fosse ottenuto l'ufficio da colui che ebbe pagata la somma: l'ufficio è accordato dall'autorità e non dal concessionario, sicchè la somma pagata si potrà sempre ripetere: i tribunali per altro secondo i casi, e ove riconoscano che il dimissionario abbia sofferto danno per cagion dell'altra parte, potrebbero condannare quello ai danni-interessi, i quali alle volte potrebbero essere uguali al prezzo stabilito e pagato. Ma è affatto erroneo il

dire come fa uno scrittore, che la somma potrebbe riputarsi come prezzo del contratto, e come debitamente pagato (articolo 1598 (1443), I e III).

Infine le opere di ingegno, sebbene non siano interamente fuori commercio, pure non vi si possono comprendere assolutamente. Infatti quantunque d'ordinario l'editore di lavori letterari, scientifici o artistici dicasi che compri l'opera, egli realmente non acquista un vero dritto di proprietà, ma semplicemente il dritto di darla alla luce: lo autore è sempre libero di modificare l'opera sua secondo che stimi necessario, ed anche secondo i casi sospenderne la pubblicazione, rimborsando all' editore i danni-interessi se vi sia luogo. Adunque altro non si vende che il semplice diritto di pubblicare, soggetto per altro al giudizio dell'autore (*ibid.*, II).

§ 3. — *Del prezzo della vendita.*

XIII. — Perchè si formi il contratto di vendita è indispensabile che vi sia un prezzo consistente in danaro, che sia sufficientemente determinato o da determinarsi, e infine che sia vero; inoltre, perchè sia valida la vendita, il prezzo non deve esser vile. Mancando una delle tre condizioni, la vendita non esiste; se vi sia viltà di prezzo, la vendita si compie, ma potrà farsi rescindere.

1. Del caso in cui la vendita non si formi per mancanza di prezzo.

XIV. — E in prima il prezzo deve consistere in danaro; se no, l'alienazione della cosa non sarebbe più una vendita, sibbene una permuta, per cui sarebbero varî gli effetti del contratto. Ma che dovrà intendersi per prezzo in danaro? Le derrate, le pensioni alimentarie in natura, ed altri simili valori dovranno riputarsi come l' equivalente del danaro e quindi come un vero prezzo? Tal quistione, dibattuta dagli scrittori, deve risolversi secondo le circostanze. D' ordinario tali cose darebbero luogo ad una permuta: però alle volte esse potrebbero formare un prezzo di vendita, specialmente quando questa sia di un immobile; nè si potrebbe dire che l'alienazione dello immobile non importi vendita, quando sia stata consentita per una rendita, poichè questa non sarebbe una somma di danaro. Pertanto dobbiam dire che il prezzo può pagarsi o con danaro o con cose che secondo l'uso e l'intenzione delle parti possono assimilarsi al danaro (1592 (1437) I), (1).

XV. — Inoltre è necessario che il prezzo sia sufficientemente determinato o da determinarsi, sia che le parti medesime lo stabiliscano (direttamente o secondo il tal corso o con qualunque altro mezzo indiretto), sia che almeno, ove di presente non si stabilisca, le parti si legassero in modo che si potesse dipoi stabilire il prezzo senza bisogno di un novello atto di loro volontà, ma in conseguenza del consenso dato fin da ora. Ciò avviene quando le parti convengono che il prezzo dovrà essere determinato dal tale perito, o in generale da uno o più periti che saranno nominati da loro, o dal magistrato, caso che essi si neghino. Se le parti abbiano dichiarato di nominare da loro medesime il perito o i periti, senza aggiungere la facoltà di ricorrere al magistrato ove siavi rifiuto per parte loro, il contratto non sarà formato, nè le parti obbligate l'una rispetto all'altra: e se i periti nominati morissero o si ricusassero di accettare lo incarico, la vendita sarebbe come non avvenuta, per non essersi effettuita la condizione da cui dipendeva 1592 (1437)-II).

XVI. — Perchè si formi il contratto di vendita, non basta che vi sia un prezzo in danaro o in equivalente, e che questo prezzo sia sufficientemente determinato, biso-

(1) Vedi appresso l'art. 1702 (1548), n. II).

na inoltre che sia vero: una convenzione qualunque non formerà un atto giuridico, n contratto, se non sia fatto seriamente. e io dunque dichiarassi vendervi per uno cudo il mio potere che vale 80,000 fr., li è manifesto che la vendita non sarà vera, el pari che non vi sarebbe nemmeno permuta, se dichiarassi di venderlo in controambio della vostra passera.

Ciò è ben semplice, e benchè sembri on potersi muovere alcuna quistione, pure ie è sorta una vivissima, atteso la strana confusione in cui sono caduti alcuni scrittori e molte decisioni. Si è detto che il prezzo non è più vero, non solo quando è messo *per* ischerzo, *nugatorie*, ma anche quando è così poco *da non potere essere stato* dalle parti *riguardato come l'equivalente della cosa*.

Ma è questo un errore, che confuteremo in tre varie maniere.

Infatti, allorchè io, spinto dal bisogno di danaro, vi vendo per quindici o venti mila franchi, il mio podere che ne vale 80,000, gli è certo che noi non abbiamo potuto riguardare il prezzo come l'equivalente della cosa, di guisa che, secondo la dottrina suddetta, esso non sarebbe vero. Ma noi crediamo al contrario che debba riguardarsi come verissimo; poichè può ben darsi che io sia costretto a tanto enorme sagrificio per procurar del pane ai miei figli, o per saziare l'ingorda brama d'implacabili creditori; nè deve credersi mica difficile il ritrovare chi, profittando della sventura, si determini alla compra per un meschino prezzo. — Inoltre, se per modo di esempio io volessi permutare il mio podere di 80,000 fr., colla vostra casa di 15,000, o darvelo in affitto per 500 fr. all'anno, mentre vale più di 2,000 fr., o se comprassi la vostra cosa di 15,000 fr. per 80,000 fr. in danaro, il contratto sarà reale; perchè dunque dire che non lo sarebbe più nel nostro caso, in cui rigorosamente parlando la sproporzione sarebbe la stessa? — Infine, non vi ha ragione nè pretesto per applicare nella vendita consentita per un minimo prezzo una regola che non potrebbe applicarsi, nel medesimo contratto di vendita, per la sproporzione della cosa, nella permuta, per la sproporzione di una delle due cose, nella locazione, per la sproporzione della cosa o del prezzo, mentre la regola è assolutamente inammissibile pel caso appunto di pochezza del prezzo di vendita. Infatti per questo solo caso la legge ha stabilito una regola speciale, con la quale ha detto che il venditore, allorchè trattisi d'immobili e il compratore non offra un supplimento di prezzo, può domandare fra due anni lo scioglimento del contratto. Adunque, il contratto si forma, non ostante la tenuità del prezzo; questo sarà sempre vero, quantunque le parti non l'abbiano potuto riguardare come l'equivalente della cosa, poichè nel senso ordinario delle parole, un prezzo, per poco che fosse, è sempre vero se si sia determinato seriamente e con animo di pagarlo (1592 (1437)-III).

2. Dello scioglimento della vendita per viltà di prezzo.

XVII. — Se il prezzo della vendita fosse grandemente sproporzionato, cioè se fosse minore di cinque dodicesimi del valore della cosa, la legge permette al venditore di fare annullare il suo contratto dal magistrato, poichè si presume che il suo consenso sia stato strappato da una specie di violenza morale esercitata sul venditore dalle disavventure da cui era bersagliato (art. 1674 (1520)-I).

Ciò è permesso nelle sole vendite d'immobili, sieno corporali, sieno incorporali, poichè la legge non fa distinzione. Ma se si fossero venduti insieme per un medesimo prezzo mobili e immobili, bisognerebbe in tal caso vedere quanta parte di prezzo debba applicarsi agl'immobili, e sciogliere la vendita se sia minore di cinque dodicesimi del loro valore (*ibid.*).

Comunemente si dice che una vendita aleatoria non possa annullarsi per causa di lesione. Ma è questo un errore. Una ven-

dita infatti aleatoria quando si corra lo evento di pagare *più o meno ;* or per non esservi lesione, non basta che vi sia assolutamente un evento qualunque di pagare *più o meno*, ma bisogna che l'evento consista nel pagare *più o meno del valore della cosa.* Infatti, se l'evento consistesse tra una perdita e una perdita maggiore (anzichè un guadagno), esso, anzichè render vana la lesione, la farebbe diventar più profonda. Se dunque l'evento, che consista da una perdita ad un'altra perdita maggiore, preso nel suo *minimum*, oltrepassi i sette dodicesimi del giusto prezzo (se sia contro il venditore), il contratto potrà senza meno annullarsi (articolo 1674 (1520)-II).

XVIII. — La legge dichiara nulla, ed a ragione, allorchè siasi scritta nel medesimo atto di vendita, qualunque clausola con cui il venditore dichiari di rinunciare all'azione di rescissione, o donare il dippiù del valore. Ma non si deve dire per questo, come han fatto alcuni scrittori, che una tale dichiarazione fatta in un atto posteriore sarebbe sempre valida. L'atto in tal caso sarebbe nullo o valido secondo i casi: il magistrato osserverà in fatto se sia stato liberamente consentito, o se sia affetto dal medesimo vizio della vendita (articolo 1674 (1520)-III).

XIX. — L'azione per lo scioglimento può ammettersi in due anni a contare dal giorno della vendita; questo termine corre contro qualunque persona, fosse pure di quelle per cui d'ordinario si sospende la prescrizione. Del resto, in qualunque tempo l'azione si sperimenti, bisogna calcolarsi il valore dello immobile al tempo della vendita, e non quello maggiore o minore che potrebbe avere attualmente (articolo 1676 (1522)-I).

Se l' immobile fosse perito senza colpa del compratore, l'azione non potrebbe più ammettersi, poichè sarebbe oramai impossibile, per mancanza di oggetto, la sola obbligazione che potrebbe risultare dallo scioglimento, cioè quella di restituire l'immobile. Se l'immobile fosse perito per colpa di lui, egli potrebbe esser condannato a ristorare il danno che ha cagionato non potendosi più restituire la cosa. Se infine lo immobile perisse senza colpa del compratore, dopo essere stato rivenduto da costui per un più alto prezzo, il venditore potrebbe far rescindere la vendita, perchè avendo egli conservato sempre la proprietà della cosa venduta, si è rivenduta la cosa sua, laonde il prezzo indebitamente ricevuto dal compratore deve essergli restituito (1676 (1522)-II).

XX. — La rescissione non può essere accordata *de plano* e con una prima sentenza, bensì dopo una perizia ordinata dalla prima sentenza; e ciò, quand'anche la lesione parrebbe da ora provata; perciocchè il legislatore che aveva prima ammesso una eccezione per questo caso la cancellò dipoi, dichiarando si stesse alla regola. Del resto se il magistrato deve ordinare sempre una perizia, egli non è obbligato a seguirla, potendo da tutti gli altri documenti riconoscere la lesione di più de' sette dodicesimi negata dai periti, o viceversa.

XXI. — Sciolta la vendita, si reputa come legalmente non avvenuta; ma il compratore potrebbe impedire un tale risultamento, pagando il supplimento del giusto prezzo, dedottone un decimo. Egli è libero a ciò fare; la sua obbligazione è semplicemente facultativa e non alternativa, poichè riguarda solo la restituzione dello immobile; sicchè l'azione del venditore, checchè ne dicano due antiche decisioni della Corte suprema, è sempre immobiliare. — Potrebbe esser mista, personale e reale, non ostante la contraria dottrina di alcuni scrittori, secondochè il compratore sia ancora in possesso della cosa, o pur no, o l'abbia trasferita in un secondo acquirente. Gli è chiaro infatti: 1° che l'azione diretta contro il compratore che sia ancora in possesso della cosa, è personale e reale insieme, poichè diretta contro il compratore personalmente *obbligato* allo scioglimento del contratto, e che nello stesso tempo e per effetto della rescissione, è *detentore di una cosa appartenente* allo attore: 2° che quando il compratore non possegga

a cosa, l'azione sarà puramente personale; 3° che l'azione è reale, quando si agisce contro il terzo acquirente per rivendicare la cosa (1682 (1528)-I).

XXII. — Se il compratore paga il supplimento, egli ne dovrà pure gl' interessi a dal giorno della domanda di rescissione, poichè la legge, in favore del compratore, ha seguito il più mite dei due contrari sistemi dei nostri antichi dottori, presumendo che egli fino al dì della domanda abbia potuto possedere di buona fede. Egli inoltre deve pagare all'amministrazione un supplimento pel dritto di mutazione. — Se per l'incontro il compratore scegliesse per lo annullamento della vendita, egli dovrà restituire l' immobile insieme coi frutti a contare dal dì della domanda, non che una indennità per i deterioramenti da cui abbia avuto profitto. Se nulla ne abbia ricavato, è ben conseguente, atteso il favore con cui il legislatore riguarda il compratore supponendolo di buona fede, che egli non sia tenuto per quelli precedenti alla domanda, ma solo per quelli posteriori, tranne che non sia certa in lui la mala fede. Da canto suo il venditore dovrà restituire il prezzo di vendita insieme cogl'interessi dal giorno della domanda, i miglioramenti fatti dal compratore in concorrenza del maggior valore acquistato dallo immobile, il valore delle riparazioni necessarie; ma egli non sarà tenuto a restituire le spese del contratto, da cui non ha avuto alcun vantaggio; e si renderebbe certamente incompleta la restituzione, se si obbligasse a sostenere quelle spese (1682 (1528)-II).

L'offerta del supplimento può farsi anche a un sotto-acquirente, in mancanza del compratore. Non facendosi, si risolverà tanto il dritto del compratore, non che tutti i dritti reali che questi abbia potuto conferire sullo immobile (1682 (1528)-III).

XXIII. — Quando il contratto si risolve, l'amministrazione dovrebbe per principio restituire i dritti di mutazione, poichè legalmente mutazione non si è fatta; però l'art. 60 della legge del 22 frimajo anno VII, derogando a questo principio, ha dichiarato che, una volta percepito un dritto, e debitamente, non si dovrà più restituirlo, checchè avvenga dappoi. La Corte di cassazione ha giudicato che il venditore dovrebbe anche pagare il dritto proporzionale per l'immobile che ritoglie, perchè l'articolo 68 della sopraddetta legge stabilisce il dritto di 3 franchi *per le sole sentenze con cui si risolva un contratto* PER CAUSA DI NULLITÀ RADICALE, e la rescissione non importa nullità radicale, ma un semplice annullamento. Ma è questo un errore: la legge di frimaio ha usato le parole *nullità radicale* nel senso improprio, per indicare l'annullabilità dell'atto. Ciò si dimostrerebbe chiaramente dallo avere il Codice costantemente usato questo improprio linguaggio (e dopo il Codice la maggior parte degli scrittori, specialmente Toullier e Duranton); oltracciò la medesima frase dell'articolo che si invoca ci offre un'altra prova, poichè essa parla delle sentenze *con cui si risolva un contratto* per causa di nullità radicale: ma, come è noto, si possono risolvere i contratti che esistono; sicchè è chiaro che in quest'articolo parlasi dei contratti che possonsi annullare e non di quelli propriamente nulli ed inesistenti. Per altro l'articolo 69 soggetta al dritto proporzionale le *rivendite* o *retrocessioni*, non già le rescissioni o annullazioni di vendite (1682 (1528)-III).

XXIV. — La sventura può costringere a vendere, non mai a comprare; il Codice quindi, a differenza dell'antica giurisprudenza, ha negato al compratore la rescissione per lesione (1683 (1529)).

La legge niega pure al venditore quest'azione, nelle vendite che debbono necessariamente farsi per via giudiziaria (articolo 1684 (1530)).

Facciamo infine osservare, che quello ora diremo nel capitolo II, per ciò che concerne l' esercizio dell' azione di ricompra, nel caso in cui parecchi abbiano venduto o comprato congiuntamente o separatamente, o in cui un venditore o un compratore lasciano varî eredi (*infra*, n. XXXIX), deve pure applicarsi alla nostra azione di rescissione per causa di lesione (articolo 1635 (1481)).

CAPITOLO SECONDO

DELLE DIVERSE SPECIE DI VENDITA.

XXV.— La vendita, come qualunque altro contratto, può farsi con alcune modalità o particolarità che in generale saranno regolate secondo i principî stabiliti nel titolo delle convenzioni. Noi qui non dobbiamo enumerare tutte le modalità o particolarità, che possono variare all'infinito; ma farem cenno di alcune, di cui parla specialmente la legge, e sulle quali bisogna immorare.

Così, la vendita può farsi a termine o sotto condizione sospensiva o risolutiva; or la vendita col patto di ricompra è appunto una specie di vendita sotto condizione risolutiva, che vien regolata da principî speciali. Noi ne parleremo separatamente in una prima sezione.

Le vendite di mercanzie produrranno vari effetti, secondo che siano fatte *in massa* o a misura, o sotto condizione *dello assaggio*, e son regolate, in ciascun caso, da disposizioni speciali. Di esse vendite tratteremo in una seconda sezione, ove comprenderemo pure l'elezione di mandatario, che è un'altra particolarità della vendita.

Infine, tratteremo in un' ultima sezione della promessa di vendere (che il Codice dichiara valere alle volte quanto la medesima vendita), e della stipulazione di caparre che può accompagnarla.

SEZIONE PRIMA.

DELLA VENDITA COL PATTO DI RICOMPRA.

XXVI. — Il Codice chiama (impropriamente) vendita ***col patto di ricompra*** o ***di riscatto***, quella in cui si stabilisce che il venditore potrà, in un dato termine, rendere come non avvenuto il contratto, ritogliendo la cosa, che si reputerà essergli sempre appartenuta, e restituendo al compratore: 1° il prezzo dello acquisto; 2° le spese accessorie, come quelle del contratto e del trasporto della cosa; e 3° le spese necessarie od utili fatte dal compratore, per intero le prime, le altre fino alla concorrenza del maggior valore che la cosa ha acquistato. — Diciamo essere impropria la qualificazione data dal Codice, perchè indicherebbe una rivendita, una nuova vendita della medesima cosa, mentre al contrario si annulla la prima vendita, ***non contractus novus***, ***sed distractus***; di guisa che non si fanno due vendite successive, ma una sola. Se non ha luogo la condizione risolutiva, cioè se non si opera il retratto nel termine stabilito la vendita resta pura e semplice, e il compratore diventa proprietario irrevocabile. — Egli però, durante il termine, è proprietario sotto condizione risolutiva, e godrà quindi di tutti i dritti e vantaggi di un compratore ordinario. Così, la prescrizione corre in vantaggio di lui; egli potrebbe opporre ai creditori del suo venditore il beneficio della discussione; e saranno validi, sebbene risolubili, tutti i dritti da lui conferiti sopra la cosa in tal modo comprata. Se ha luogo il retratto, vengon meno tutti i dritti, e il venditore riprende il suo immobile (1), libero da qualunque peso, o dal compratore o da un secondo acquirente (senza che perciò fosse necessario che la facoltà del retratto sia dichiarata nel secondo contratto, poichè il novello acquirente ha dovuto farsi esibire l'atto di a-

(1) È risaputo che, per alcuni mobili, il secondo acquirente di buona fede, sarebbe protetto dalla disposizione dell'articolo 2279 (2185).

quisto del suo venditore). — Del resto questi effetti non si produrranno se la facoltà di ricompra fosse stipolata con un atto posteriore alla vendita : in tal caso questa sarebbe pura e semplice ; si farebbe una vera ricompra , che lascerebbe sussistere la prima vendita (1659 (1505), I e II ; e 1664-1666 (1510-1512)).

XXVII. — La condizione risolutiva, chiamata impropriamente *ricompra* o *riscatto*, non può stipularsi per un termine maggiore di cinque anni, che corre contro qualunque persona, sia capace o incapace. Se nell'atto di vendita si stabilisse un termine maggiore, si ridurrebbe di pieno dritto ai cinque anni; ma se si fosse stabilito per un termine più breve, come per due anni, potrebbe dipoi prolungarsi fino a cinque anni? Moltissimi scrittori, per una strana contraddizione, rispondono del sì. Essi infatti dicono essere inefficace la stipulazione del patto di ricompra fatta in un atto posteriore alla vendita, e che importerebbe piuttosto una seconda vendita; or non è egli manifesto che si forma una stipulazione di ricompra posteriore alla vendita , quando si accresca il primo termine stabilito, rendendola risolubile per un termine maggiore di quel che prima si era convenuto? Per altro quei medesimi scrittori riconoscono esser validi i dritti reali conceduti dal compratore per questo secondo periodo, e doversi pagare una seconda volta il dritto di mutazione. Adunque si forma una seconda vendita (1660-1663 (1506-1509), I).

Per altro non è necessario che si sperimenti un' azione giudiziaria nel termine convenuto. Se il venditore, prima di spirare quel termine, abbia manifestato al compratore la volontà di riprendere la cosa , restituendo quello a cui sia tenuto, questa dichiarazione basterebbe per non essere decaduto dal suo dritto ; e sebbene dopo spirato il termine fosse necessario, stante la resistenza del compratore, sperimentare un'azione, regolare le offerte fatte, o infine provare ciò che una parte assume e l'altra nega , ciò non di meno si dovrà sempre pronunziare lo scioglimento se fosse certo che il venditore abbia fatto la sua dichiarazione in tempo utile. Non sarebbe nemmeno necessario che il compratore sulle prime offrisse formalmente le somme che deve restituire, poichè la semplice domanda del retratto importa naturalmente una tale offerta (ibid., II).

XXVIII. — Se è stata venduta col patto di ricompra una parte di un immobile indiviso, e il compratore dipoi acquisti il rimanente in una aggiudicazione provocata contro di lui, il venditore che volesse esercitare il retratto dell' intero immobile ove il compratore lo pretenda , perciocchè il compratore poteva del pari che il venditore col mezzo dell'aggiudicazione soltanto conservare la parte gia prima comprata. Ma se questi abbia provocato lo incanto a sua istanza, non potrebbe opporsi al retratto che il venditore volesse esercitare per la sola parte venduta , poichè egli ha acquistato volontariamente il dippiù (art. 1667 (1513)).

XXIX. — Quegli che avesse comprato un immobile da più venditori, o da un solo che abbia lasciato parecchi eredi, può negarsi ad un retratto parziale, e conservare l'intero immobile, finchè i molti comproprietarî non si accordino, o uno o più di essi non lo ritolgano per intero. Questa però è una facoltà pel compratore ; sicchè egli sarà libero di restituire all' uno dei comproprietarî che agisca contro di lui la parte dell' immobile che gli appartenga , senza che questi possa pretendere lo intero. — Il compratore non potrebbe negarsi al retratto parziale se abbia comprato separatamente, cioè con varî atti o almeno con un prezzo distinto per ciascuna porzione (art. 1668-1671 (1514-1517)).

Se il compratore lasci più eredi, bisognerebbe distinguere se l' immobile fosse spettato nella divisione ad un solo erede, o se fosse ancora indiviso fra i varî eredi. Nel primo caso, l'erede che possiede l'immobile può essere costretto per l' intero ; nel secondo, il venditore può pretendere da ciascuno erede la parte che gli è toccata. — Se un immobile fosse stato comprato da parecchi , il venditore può pretendere da ciascuno di essi un retratto parziale , se avesse comprato separatamente ; egli lo po-

trà ancora, se l'immobile fosse stato acquistato congiuntamente, ma per essere diviso: non potrebbe pretendere il retratto parziale se l'immobile sia rimasto indiviso (art. 1672 (1518)).

XXX. — Per ritogliere effettivamente la cosa venduta, il venditore deve pagare al compratore tutte le somme che questi può pretendere per le cause indicate nel n. XXVI; inoltre la legge gli dà obbligo, facendo eccezione per motivi di interesse generale al principio *soluto jure dantis*, di lasciar sussistere i fitti consentiti senza frode dal compratore (art. 1673 (1519)-I).

Da canto suo il compratore potrà esser tenuto in faccia al venditore a restituire oltre l'immobile i danni-interessi, se per sua colpa quello si fosse deteriorato. Ma dovrà forse restituire insieme coll'immobile gli alluvioni che lo avessero accresciuto? Molti antichi scrittori, frai quali Pothier, rispondevano del no. Ma è questo un errore; poichè il venditore in conseguenza del retratto, si reputa non aver mai venduto ed essere rimasto sempre proprietario della cosa, la quale quindi si accrescerà per conto di lui: il compratore alla sua volta, adempiutasi la condizione risolutiva, si reputa non essere stato mai proprietario; sicchè come dire che apparterranno a lui gli alluvioni pei quali l'immobile sia cresciuto? E pure gli scrittori oggi non fanno che ripetere la strana teoria di Pothier. — Per medesimezza di ragione il venditore prenderà pure la metà del tesoro rinvenuto nello immobile che è stato attribuito al proprietario per dritto di accessione. Però il compratore riterrà quegli aumenti di terreno che proverebbe essere stati fatti da lui (*ib.*, II).

XXXI. — Un'ultima quistione riguarda i frutti. Gli scrittori, prima e dopo il Codice, hanno detto costantemente, che essi debbano restituirsi, e che per effetto di una tacita convenzione, la quale deve naturalmente presumersi, essi si compensano cogli interessi del prezzo. Ma come dovrà regolarsi cotesta compensazione? Noi crediamo che sia facilissimo lo stabilirlo, non ostante i molti e contraddittori sistemi messi innanzi dagli scrittori. Infatti, delle due l'una; o si dovrà dire che ciascuna parte prenderà i frutti percepiti durante il tempo del suo godimento, di guisa che il compratore prenderà interi quelli pendenti al tempo della vendita, lasciando interi al compratore quelli pendenti al tempo del retratto (come è richiesto dalla legge per il caso d'usufrutto); o invece che essi si parterranno *pro rata* a ciascuna parte, secondo la durata del suo godimento, senza distinguere quando e da chi i frutti sieno percepiti. La scelta dovrà restringersi fra questi due soli sistemi, poichè gli altri non offrono questa giusta reciprocanza ed uguaglianza fra le due parti. Ma quale dovrà preferirsi? Noi non dubitiamo menomamente di accostarci al secondo. Infatti il primo stabilito dalla legge per il caso d'usufrutto, non potrebbe applicarsi nel caso nostro in cui il venditore è libero di riprendere il suo immobile quando che voglia, forse il giorno innanti di un ricolto che prenderà intero a danno del compratore. Deve naturalmente presumersi che ciascuna delle parti voglia esser trattata nè più ne meno che l'altra; sicchè i frutti che prenderà il compratore dovranno calcolarsi, come gl'interessi che rimangono al venditore, secondo la effettiva durata del dritto di godimento. — Inoltre, se la cosa non sia produttiva di frutti (o almeno non ne produca nel termine stabilito per la ricompra), si dovrà presumere che il compratore abbia rinunziato a qualunque percezione, sacrificando gl'interessi del prezzo allo evento di conservare la cosa. — Diciamo infine che queste regole debbono applicarsi quando convenzioni speciali non vi siano (art. 1673 (1519), III

SEZIONE II.

DELLE VENDITE IN MASSA O A MISURA, COL PATTO DI ASSAGGIO E CON ELEZIONE DI MANDATARIO

XXXII. — Quando le cose possono pe-rsi, numerarsi o misurarsi, bisogna di-nguere se la vendita sia stata fatta in ıssa o a peso, numero o misura. — La ndita si reputa fatta in massa, quando ncorrano queste due circostanze : 1° che cose si siano vendute tutte insieme, come rmanti unico oggetto ; 2° per un solo prez-ı : per esempio *Io vi vendo questo ar-ento per 2,500 fr.* — È fatta a peso, ımero o misura in questi tre casi : 1° ıando non è uno l'oggetto nè uno il prezzo i vendo 100 montoni del mio armento 25 fr. per uno); 2° quando è uno l'og-ꞌtto ma non uno il prezzo (vi vendo que-o armento a 25 fr. per capo); 3° infine, ıando uno è il prezzo e son più gli og-tti (vi vendo 100 montoni per 2,500). Ma nonostante che il venditore abbia to così conoscere la quantità delle cose, che l'indicazione sia anche posta in primo ɔgo, la vendita sarà sempre in massa, ando nella convenzione è uno il prezzo uno l'oggetto : così *vi vendo per 2,500 questo armento di 100 montoni*, *ov-ro 100 montoni che formano questo ar-ento*. Sarebbe similmente in massa se se non di tutto insieme l'armento, ma una parte : vi vendo per 1,250 fr. o 500 fr. la metà o il quinto di questo nento, aggiungendo o no la indicazione numero (1586 (1431), I e II).

Secondo che la vendita si fa in massa ero a misura, essa trasferisce o no nel npratore la proprietà e quindi i rischi. quale idea, che da molti scrittori non mmessa per quanto concerne il trasfe-ıento di proprietà (trasferimento che al-ıi attribuiscono ad ogni vendita fatta a sura, e che altri riconoscono per al-ıe e negano per altre), la quale idea ıon trasferirsi la proprietà nella vendita a a peso, numero o misura non è a trastarsi, perchè preterendo varî argomenti che ne dimostrano i principî, è stata proclamata dal legislatore nel modo più esplicito quando si compilava il Codice.— Ma se la vendita non può trasferire la proprietà, essa genera obbligazioni: ciascuna parte potrà dunque costringere l'altra allo adempimento e pretendere danni interessi se non adempia (articolo 1586 (1431), III e IV).

XXXIII. — In due articoli del Codice, dettati l'uno per le vendite fatte sotto condizione del saggio o del piacere per parte del compratore, e l'altro per le vendite fatte ad assaggio, si stabiliscono due pretesi principî, i quali (oltrechè sarebbero in ogni caso troppo laconicamente espressi) sarebbero, massime il primo, inesattissimi come regole assolute; per cui i magistrati rimarranno nella loro piena libertà di valutare secondo le circostanze quale sia la natura e quali gli effetti delle convenzioni di cui si tratta. Secondo le circostanze di ogni singola specie, si dovrà decidere se la convenzione abbia costituito un contratto o un semplice progetto; se il contratto sia sinallagmatico ovvero unilaterale, se la vendita sia sotto condizione sospensiva o risolutiva, se debbano valutarsi dal compratore personalmente le qualità che formano l'oggetto della condizione, o secondo il gusto generale.—Questi due articoli però han dato bando ad un errore insegnato altre volte da Pothier, il quale, mal comprendendo un testo romano, diceva che la vendita col patto dello assaggio debba riputarsi sempre come fatta sotto condizione risolutiva. Ma il Codice, seguendo le norme di ragione, vuole che nel dubbio assoluto sul pensiero dei contraenti, debba presumersi al contrario la condizione sospensiva (articolo 1587-1588 (1432-1433), I-III).

XXXIV. — *L'elezione di un mandatario* è una peculiarità notevolissima del contratto di vendita. Chiamasi con tal nome

la indicazione fatta dal compratore, in forza di una facoltà riservatasi nel contratto, di un terzo che prenda le sue veci, di guisa che egli si reputa aver agito in nome di costui, come se avesse ricevuto *mandato* di comprare. Questa nuova facoltà di cercare ed *eleggere* dopo la vendita una persona che si reputerà aver comprato, e della quale il vero compratore non sarà che un mandatario, sarebbe stata impossibile secondo i principî del dritto comune; ma essa è consacrata dalle leggi del 5 dic. 1790, 13 settembre - 16 ottobre 1791, 14 termidoro anno IV e 22 frimaio anno VII. La elezione potrà farsi fra le parti nel termine stabilito colla convenzione; ma per rispetto al fisco dovrà essere fatta in un atto autentico intimato all'amministrazione entro ventiquattr'ore dalla vendita (articolo 1584 (1429)).

SEZIONE III.

DELLE PROMESSE DI VENDITA.

XXXV. — Il Codice parla di una sola specie di promesse di vendita, che equipara alla vendita. Dobbiamo vedere il significato di questa proposizione; ma crediamo in prima necessario far cenno delle varie specie di promessa di vendita.

Tre se ne distinguono: 1° la promessa fatta da una parte e non accettata dall'altra, che forma una semplice pollicitazione anzichè un contratto; 2° la promessa di vendere accettata dall'altra parte, la quale però non si obbliga reciprocamente a comprare, e che costituisce un contratto unilaterale; 3° infine la promessa di vendere accompagnata dalla promessa dell'altra parte di comprare, che costituisce come la vendita un contratto sinallagmatico, e che il Codice infatti equipara alla vendita. Insistiamo su queste idee, le quali, sebbene semplicissime, sono state male indicate ed espresse dagli scrittori e dalle decisioni.

Finchè la promessa di vendere non sia accettata da quegli a cui è diretta, è ben manifesto che essa importa una semplice offerta o pollicitazione, e non un contratto, poichè il contratto è costituito dall'accordo delle volontà, e qui la seconda volontà non si è ancora unita alla prima. In tal caso l'obbligazione non si è formata, ma semplicemente proposta; nessun legame giuridico si è stretto, e chi promette è libero di ritirare la sua offerta. — Quando la promessa di vendere è accettata, in tal caso si forma il contratto, poichè vi ha concorso delle due volontà, e quindi il futuro venditore resta obbligato; ma siccome il futuro compratore nulla ha promesso, l'obbligazione quindi sarà da una sola parte e il contratto unilaterale. — Quando infine la promessa è reciproca ed accettata da ambe le parti, ciascuna di esse rimarrà obbligata, l'una a vendere, l'altra a comprare, e il contratto sarà sinallagmatico (art. 1589 (1434)-I)

Ciò posto, vediamo quali effetti produce il contratto unilaterale, e quali il sinallagmatico.

XXXVI. — Perchè la promessa unilaterale di vendita, debitamente accettata, sia efficace, è necessario che la cosa sia determinata, che il prezzo o siasi di presente stabilito, o che appresso debba stabilirsi senza il concorso ulteriore delle parti, come dicemmo nel n. XV, senza di che il futuro venditore non sarebbe menomamente obbligato. Ma quali effetti produrrà la promessa unilaterale di vendere, allorchè sia perfetta? Avrà dritto il creditore ad ottenere, non ostante il rifiuto del debitore, la proprietà della cosa? Spesso si è sostenuta la negativa, soprattutto nell'antico dritto, dicendosi che in tal caso non si può altro pretendere che i danni-interessi secondo la massima *nemo potest cogi ad factum*. Ma è questo un errore; infatti se non si può costringere alla esecuzione diretta, quando l'obbligazione ha per oggetto un fatto personale all'obbligato (per esempio, allorchè voi prometteste di sposarmi), non è così nel caso nostro: infatti non fa mestieri

SEZIONE II.

DELLE VENDITE IN MASSA O A MISURA, COL PATTO DI ASSAGGIO E CON ELEZIONE DI MANDATARIO

XXXII. — Quando le cose possono pesarsi, numerarsi o misurarsi, bisogna distinguere se la vendita sia stata fatta in massa o a peso, numero o misura. — La vendita si reputa fatta in massa, quando concorrano queste due circostanze: 1° che le cose si siano vendute tutte insieme, come formanti unico oggetto; 2° per un solo prezzo: per esempio *Io vi vendo questo armento per 2,500 fr.* — È fatta a peso, numero o misura in questi tre casi: 1° quando non è uno l'oggetto nè uno il prezzo (vi vendo 100 montoni del mio armento a 25 fr. per uno); 2° quando è uno l'oggetto ma non uno il prezzo (vi vendo questo armento a 25 fr. per capo); 3° infine, quando uno è il prezzo e son più gli oggetti (vi vendo 100 montoni per 2,500 fr.). Ma nonostante che il venditore abbia fatto così conoscere la quantità delle cose, e che l'indicazione sia anche posta in primo luogo, la vendita sarà sempre in massa, quando nella convenzione è uno il prezzo è uno l'oggetto: così *vi vendo per 2,500 fr. questo armento di 100 montoni*, *ovvero 100 montoni che formano questo armento*. Sarebbe similmente in massa se fosse non di tutto insieme l'armento, ma di una parte: vi vendo per 1,250 fr. o per 500 fr. la metà o il quinto di questo armento, aggiungendo o no la indicazione del numero (1586 (1431), I e II).

Secondo che la vendita si fa in massa ovvero a misura, essa trasferisce o no nel compratore la proprietà e quindi i rischi. La quale idea, che da molti scrittori non è ammessa per quanto concerne il trasferimento di proprietà (trasferimento che alcuni attribuiscono ad ogni vendita fatta a misura, e che altri riconoscono per alcune e negano per altre), la quale idea di non trasferirsi la proprietà nella vendita fatta a peso, numero o misura non è a contrastarsi, perchè preterendo vari argomenti che ne dimostrano i principî, è stata proclamata dal legislatore nel modo più esplicito quando si compilava il Codice. — Ma se la vendita non può trasferire la proprietà, essa genera obbligazioni: ciascuna parte potrà dunque costringere l'altra allo adempimento e pretendere danni interessi se non adempia (articolo 1586 (1431), III e IV).

XXXIII. — In due articoli del Codice, dettati l'uno per le vendite fatte sotto condizione del saggio o del piacere per parte del compratore, e l'altro per le vendite fatte ad assaggio, si stabiliscono due pretesi principî, i quali (oltrechè sarebbero in ogni caso troppo laconicamente espressi) sarebbero, massime il primo, inesattissimi come regole assolute; per cui i magistrati rimarranno nella loro piena libertà di valutare secondo le circostanze quale sia la natura e quali gli effetti delle convenzioni di cui si tratta. Secondo le circostanze di ogni singola specie, si dovrà decidere se la convenzione abbia costituito un contratto o un semplice progetto; se il contratto sia sinallagmatico ovvero unilaterale, se la vendita sia sotto condizione sospensiva o risolutiva, se debbano valutarsi dal compratore personalmente le qualità che formano l'oggetto della condizione, o secondo il gusto generale. — Questi due articoli però han dato bando ad un errore insegnato altre volte da Pothier, il quale, mal comprendendo un testo romano, diceva che la vendita col patto dello assaggio debba riputarsi sempre come fatta sotto condizione risolutiva. Ma il Codice, seguendo le norme di ragione, vuole che nel dubbio assoluto sul pensiero dei contraenti, debba presumersi al contrario la condizione sospensiva (articolo 1587-1588 (1432-1433), I-III).

XXXIV. — *L'elezione di un mandatario* è una peculiarità notevolissima del contratto di vendita. Chiamasi con tal nome

alla vendita, salvo al futuro compratore il dritto ai danni-interessi, e se le parti, prima della vendita, convenissero di svincolarsi dalla obbligazione rispettiva; in tal caso non si formerebbe alcuna vendita.

Se al tempo della promessa, unilaterale o sinallagmatica, si stabilisce un termine entro cui dovrebbe domandarsi lo adempimento; scorso questo, si reputerà come non avvenuta la promessa. Ma se non sia stabilito alcun termine, allora bisogna distinguere: se la promessa è reciproca, le due parti rimarranno sempre obbligate, finchè non convengano tutte e due di svincolarsi; se unilaterale, allora, siccome non si può lasciar legata eternamente una parte a capriccio dell'altra, si potrà stabilire un termine, scorso il quale la promessa diverrebbe inefficace, o per mezzo di una sentenza, o con una semplice citazione del debitore; però in quest'ultimo caso, il magistrato, ove si facesse quistione, dovrà dichiarare se il termine assegnato sia sufficiente o pur no (art. 1589 (1434). VI).

Quantunque la promessa di vendere non sia ancora una vendita; pure il termine che la legge accorda al venditore d'immobile per far rescindere il contratto in caso di lesione di più di sette dodicesimi, corre dalla data della promessa e non da quella della vendita. Infatti la promessa potrebbe impugnarsi per questa causa nè più nè meno che la vendita; sicchè scorso il termine stabilito, essa diverrà valida (*ibid.*, VII).

XXXIX.—Il Codice stabilisce come principio, che allorquando una promessa di vendere siasi fatta con caparre, ciascuna delle parti sarà libera di disdirsi, quegli che *l'ha* data, perdendola, e quegli che *l'ha ricevuta*, restituendo il doppio. Però si *farà* eccezione a questo principio, e si dovranno quindi reputare le caparre come l'indizio della irrevocabilità della promessa, se sarà dai termini della convenzione o dalle circostanze, che tale sia stata la comune intenzione delle parti (art. 1590 (1435)).

Nè il Codice, nè i lavori preparatori checchè se ne sia detto, contengono regole speciali per la vendita fatta con caparre. Ma ciò non monta, poichè è questa una semplice quistione d'intenzione, un punto di fatto che sarà risoluto secondo le circostanze dal magistrato, il quale deciderà se le caparre sieno state date come indizio della facoltà di recedere dal contratto, o come segno della irrevocabilità della convenzione, o come un semplice buon conto del prezzo stabilito, o infine tutti e due questi ultimi caratteri (*ib.*,

CAPITOLO TERZO

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DALLA VENDITA.

XL. — Il contratto di vendita non trasferisce solo la proprietà, ma produce anche delle obbligazioni: noi ora vedremo quali siano le principali che nascono sia contro il venditore che contro il compratore.

SEZIONE PRIMA.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL VENDITORE.

XLI. — Il venditore deve in prima indicar chiaramente ciò a cui si obbliga: secondo i principî generali delle convenzioni, le clausole oscure devono interpretarsi contro chi le stipula e in favore dell'obbligato; qui al contrario la legge vuole che debbano intendersi sempre contro il venditore le clausole dubbiose, quelle con cui egli si obbliga, non che le altre con cui stipula. Questa regola, che ad alcuni è sembrata iniqua, si giustifica pienamente ove si ponga mente: 1° che essa è stata dettata per le sole clausole che costituiscono essenzialmente il contratto di vendita e non già i

e varie stipulazioni particolari che possono ntrodursi nel contratto; 2° che essa deve ipplicarsi dopo tentato qualunque mezzo onde interpretarla; 3° infine, che in fatto l venditore può con maggior facilità spiegarsi chiaramente nelle convenzioni, od ingannar l'altra parte (art. 1602 (1448)).

Il venditore, oltre questa obbligazione legale che si riferisce alla medesima natura della convenzione, contrae, come conseguenza della vendita, due altre obbligazioni principali: ciò sono di consegnar la cosa e di garantirla (art. 1603 (1449)).

§ 1. — *Della tradizione.*

XLII. — Vedremo successivamente: 1° Che cosa sia la tradizione e da quali atti vien costituita; — 2° A carico di chi gravino le spese, dove e quando essa debba farsi; — 3° Quali cose debba comprendere — 4° Infine, a carico di chi vadano i rischi della cosa dal dì della vendita fino alla tradizione.

1. Che cosa sia la tradizione, e quali atti la costituiscano.

XLIII. — La tradizione è la traslazione della cosa venduta in potere e possesso del compratore. Mettendo da banda le sottigliezze puerili dei nostri antichi dottori, i quali opponevano alla tradizione reale le finte o simboliche ed allegoriche, dobbiamo oggi dire che la obbligazione di consegnar la cosa è adempita quando il compratore, in qualunque modo, sia con atto materiale o senza, abbia in suo potere e possesso la cosa comprata.

La tradizione di un immobile, che deve farsi rilasciando interamente al compratore la cosa e tutto ciò che ne dipende, può alle volte effettuirsi colla semplice consegna dei titoli o delle chiavi. La tradizione può anche farsi (quando il venditore non abbia titoli, o questi siano già in potere del compratore come depositario o con altro titolo) col solo consenso. Ciò avviene quando il compratore sia già in possesso dell'immobile, come locatario o altrimenti, o quando il venditore continua a possederlo come locatario del compratore o con qualunque altro titolo. — La tradizione delle cose mobili corporali può farsi: o colla tradizione reale delle cose medesime, o consegnando le chiavi degli edifici ove si conservano titoli di proprietà ed altro, o apponendosi dal compratore, col consenso del venditore, il suggello o la sua impronta sulle cose che acquista, o infine col solo consenso. — La tradizione delle cose incorporali o dei semplici dritti può farsi, secondo i casi, o colla consegna dei titoli, o coll'uso che il venditore lascia al compratore del dritto ceduto, o anche col solo consenso: una servitù negativa potrebbe cedersi solo in quest'ultima maniera (articolo 1604-1607 (1450-1453), I-III).

XLIV. — Checchè da alcuni siasi detto, nelle vendite fatte *a non domino*, non bisogna credere che la prescrizione per gli immobili cominci a correre dal giorno del rilascio, e pei mobili si compia istantaneamente anche da questo giorno. Non bisogna confondere due cose affatto distinte. La tradizione è un fatto puramente relativo al venditore e al compratore, mentre che il possesso atto a prescrivere deve esistere in faccia a tutti, e riunire i caratteri che nella tradizione non sempre si contengono. Il venditore colla tradizione lascia libera la cosa, offrendo al compratore i mezzi di occuparla; ma spetta a costui di riceversela in fatto. Alle volte può ben darsi, non ostante la tradizione già compita, che non possa correre la prescrizione, siccome al contrario questa potrà correre quantunque la tradizione non si sia completamente avverata. La tradizione e il possesso capace per la prescrizione sono due cos affatto differenti (art. 1607 (1453), IV.

alla vendita, salvo al futuro compratore il dritto ai danni-interessi, e se le parti, prima della vendita, convenissero di svincolarsi dalla obbligazione rispettiva ; in tal caso non si formerebbe alcuna vendita.

Se al tempo della promessa, unilaterale o sinallagmatica, si stabilisce un termine entro cui dovrebbe domandarsi lo adempimento; scorso questo, si reputerà come non avvenuta la promessa. Ma se non sia stabilito alcun termine, allora bisogna distinguere : se la promessa è reciproca, le due parti rimarranno sempre obbligate, finchè non convengano tutte e due di svincolarsi; se unilaterale, allora, siccome non si può lasciar legata eternamente una parte a capriccio dell'altra, si potrà stabilire un termine, scorso il quale la promessa diverrebbe inefficace, o per mezzo di una sentenza, o con una semplice citazione del debitore; però in quest'ultimo caso, il magistrato, ove si facesse quistione, dovrà dichiarare se il termine assegnato sia sufficiente o pur no (art. 1589 (1434). VI).

Quantunque la promessa di vendere non sia ancora una vendita ; pure il termine che la legge accorda al venditore d'immobile per far rescindere il contratto in caso di lesione di più di sette dodicesimi, corre dalla data della promessa e non da quella della vendita. Infatti la promessa potrebbe impugnarsi per questa causa nè più nè meno che la vendita; sicchè scorso il termine stabilito, essa diverrà valida (*ibid.*, VII).

XXXIX.—Il Codice stabilisce come principio, che allorquando una promessa di vendere siasi fatta con caparre, ciascuna delle parti sarà libera di disdirsi, quegli che l'ha data, perdendola, e quegli che l'ha ricevuta, restituendo il doppio. Però si farà eccezione a questo principio, e si dovranno quindi reputare le caparre come l'indizio della irrevocabilità della promessa, se sorga dai termini della convenzione o dalle circostanze, che tale sia stata la comune intenzione delle parti (art. 1590 (1435)-I).

Nè il Codice, nè i lavori preparatori, checchè se ne sia detto, contengono regole speciali per la vendita fatta con caparre. Ma ciò non monta, poichè è quella una semplice quistione d'intenzione, un punto di fatto che sarà risoluto secondo le circostanze dal magistrato, il quale deciderà se le caparre sieno state date come indizio della facoltà di recedere dal contratto, o come segno della irrevocabilità della convenzione, o come un semplice a buon conto del prezzo stabilito, o infine con tutti e due questi ultimi caratteri (*ib.*, II).

CAPITOLO TERZO

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DALLA VENDITA.

XL. — Il contratto di vendita non trasferisce solo la proprietà, ma produce anche delle obbligazioni : noi ora vedremo quali siano le principali che nascono sia contro il venditore che contro il compratore.

SEZIONE PRIMA.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL VENDITORE.

XLI. — Il venditore deve in prima indicar chiaramente ciò a cui si obbliga : secondo i principî generali delle convenzioni, le clausole oscure devono interpretarsi contro chi le stipula e in favore dell'obbligato; qui al contrario la legge vuole che debbano intendersi sempre contro il venditore le clausole dubbiose, quelle con cui egli si obbliga, non che le altre con cui stipula. Questa regola, che ad alcuni è sembrata iniqua, si giustifica pienamente ove si ponga mente : 1° che essa è stata dettata per le sole clausole che costituiscono essenzialmente il contratto di vendita e non già per

le varie stipulazioni particolari che possono introdursi nel contratto; 2° che essa deve applicarsi dopo tentato qualunque mezzo onde interpretarla; 3° infine, che in fatto il venditore può con maggior facilità spiegarsi chiaramente nelle convenzioni, od ingannar l'altra parte (art. 1602 (1448)).

Il venditore, oltre questa obbligazione legale che si riferisce alla medesima natura della convenzione, contrae, come conseguenza della vendita, due altre obbligazioni principali: ciò sono di consegnar la cosa e di garantirla (art. 1603 (1449)).

§ 1. — *Della tradizione.*

XLII. — Vedremo successivamente: 1° Che cosa sia la tradizione e da quali atti vien costituita; — 2° A carico di chi gravino le spese, dove e quando essa debba farsi; — 3° Quali cose debba comprendere — 4° Infine, a carico di chi vadano i rischi della cosa dal dì della vendita fino alla tradizione.

1. Che cosa sia la tradizione, e quali atti la costituiscano.

XLIII. — La tradizione è la traslazione della cosa venduta in potere e possesso del compratore. Mettendo da banda le sottigliezze puerili dei nostri antichi dottori, i quali opponevano alla tradizione reale le finte o simboliche ed allegoriche, dobbiamo oggi dire che la obbligazione di consegnar la cosa è adempita quando il compratore, in qualunque modo, sia con atto materiale o senza, abbia in suo potere e possesso la cosa comprata.

La tradizione di un immobile, che deve farsi rilasciando interamente al compratore la cosa e tutto ciò che ne dipende, può alle volte effettuirsi colla semplice consegna dei titoli o delle chiavi. La tradizione può anche farsi (quando il venditore non abbia titoli, o questi siano già in potere del compratore come depositario o con altro titolo) col solo consenso. Ciò avviene quando il compratore sia già in possesso dell'immobile, come locatario o altrimenti, o quando il venditore continua a posséderlo come locatario del compratore o con qualunque altro titolo. — La tradizione delle cose mobili corporali può farsi: o colla tradizione reale delle cose medesime, o consegnando le chiavi degli edifici ove si conservano i titoli di proprietà ed altro, o apponendosi dal compratore, col consenso del venditore, il suggello o la sua impronta sulle cose che acquista, o infine col solo consenso. — La tradizione delle cose incorporali o dei semplici dritti può farsi, secondo i casi, o colla consegna dei titoli, o coll'uso che il venditore lascia al compratore del dritto ceduto, o anche col solo consenso: una servitù negativa potrebbe cedersi solo in quest'ultima maniera (articolo 1604-1607 (1450-1453), I-III).

XLIV. — Checchè da alcuni siasi detto, nelle vendite fatte *a non domino*, non bisogna credere che la prescrizione per gli immobili cominci a correre dal giorno del rilascio, e pei mobili si compia istantaneamente anche da questo giorno. Non bisogna confondere due cose affatto distinte. La tradizione è un fatto puramente relativo al venditore e al compratore, mentre che il possesso atto a prescrivere deve esistere in faccia a tutti, e riunire i caratteri che nella tradizione non sempre si contengono. Il venditore colla tradizione lascia libera la cosa, offrendo al compratore i mezzi di occuparla; ma spetta a costui di riceversela in fatto. Alle volte può ben darsi, non ostante la tradizione già compita, che non possa correre la prescrizione, siccome al contrario questa potrà correre quantunque la tradizione non si sia completamente avverata. La tradizione e il possesso capace per la prescrizione sono due cose affatto differenti (art. 1607 (1453), IV).

2. Spese di rilascio, dove e quando il rilascio deve farsi.

XLV. — Siccome il rilascio è l'abbandono della cosa, e non l'impossessamento reale che ne prende il compratore, il venditore, mancando una speciale convenzione pagherà le spese del rilascio, ma non del trasporto. Per principio di legge, il luogo del rilascio è quello in cui trovavasi la cosa al tempo della vendita. — Se nella convenzione non si è stabilito alcun termine, il compratore può domandarne immantinente il rilascio, ma il venditore può negarlo sino a che il compratore non offra il pagamento, per cui non avea termine, ovvero essendovi un termine, se egli sia nello stato di fallimento o di decozione, o scemi le garanzie date. Se il venditore non adempie al rilascio, il compratore può a sua scelta far pronunziare dal magistrato o che egli se ne immetta nel possesso, o che si sciolga il contratto, col ristoro, se occorra, dei danni interessi. — Ma del resto non si dimentichi che le suddette regole possono essere modificate con la convenzione espressa o tacita delle parti, e che le varie quistioni che possono sorgere, saran risolute coi principî stabiliti nel Sunto *delle obbligazioni* (articolo 1603-1613 (1449-1459)).

3. Qual dev'essere l'oggetto del rilascio.

XLVI. — Dal dì della vendita il compratore diviene proprietario, e il venditore debitore della cosa; per cui questi sarà risponsabile dei deterioramenti sopravvenuti, per una causa da imputarsi a lui, nel tempo che corre dal dì della vendita al rilascio, e in questo senso deve rilasciare la cosa nello stato in cui era al tempo della vendita. Ma per quanto concerne i casi fortuiti, essi accrescono o sminuiscono la cosa in prò o in danno del compratore, per cui deve consegnarsi nello stato in cui era al tempo del rilascio.

Secondo il medesimo principio, i frutti appartengono al compratore dal dì della vendita, tranne non vi sia una stipulazione contraria. E sarebbe il simile, checchè se ne sia detto, se la vendita fosse condizionale, giacchè per la retroattività della condizione, ella ha esistito puramente e semplicemente *ab initio*, donde la necessaria illazione, che il compratore ha dritto *ab initio* ai frutti della cosa e il venditore agli interessi del prezzo, a meno che le parti non abbiano avuto altro intendimento (art. 1614 (1460), I II).

XLVII. — Il rilascio deve comprendere tutto ciò che è accessorio e dipendente della cosa venduta; lasciandosi all'arbitrio del giudice il valutare quali cose siano o no accessori o dipendenti (art. 1615 (1461)).

XLVIII. — Il venditore è in obbligo di dare la misura stabilita; obbligo regolato da norme speciali per le vendite d'immobili. — Bisogna distinguere sei ipotesi: due per le vendite in cui non siasi indicata la estensione, quattro per quelle in cui siasi indicata.

Ecco le sei ipotesi: — 1° vendita di un immobile determinato, di cui non siasi indicata la estensione, per un solo prezzo totale; — 2° vendita di un immobile determinato di cui non siasi indicata la estensione, ma a tanto la misura; — 3° vendita di un certo numero di misure da prendersi in un terreno più ampio, per un prezzo totale, o a tanto la misura; — 4° vendita di un immobile determinato, di cui siasi indicata la estensione a tanto la misura; 5° vendita di un immobile determinato, di cui siasi indicata la estensione, per un solo prezzo totale; — 6° Infine vendita in cui siasi indicata la estensione, e siasi convenuto che il più o il meno sarebbe di nessuna importanza. Rassegniamo i vari casi.

Il primo e il terzo non offrono difficoltà sotto nessun rapporto. È risaputo che allorquando vi vendo il tale immobile di una estensione non indicata per la somma di... non appena sottoscritto l'atto siamo irrevo-

cabilmente divenuti, voi proprietario della cosa, ed io creditore della somma; e che dovendosi staccare una estensione di terre da una quantità maggiore, la proprietà si trasmetterà dopo la misurazione, poichè da questa vien determinato l'oggetto della vendita. — Ma è controverso quando si trasmetta la proprietà di un immobile venduto a tanto la misura, ma di cui non si è indicata la estensione. La quistione non è difficile, ed è erroneo che si trasferisca dal giorno del contratto sotto il pretesto che sia un corpo certo. Difatti non basta a render perfetta la vendita che si determini la cosa: fa d'uopo determinare anche il prezzo: non essendo noto il numero delle misure, non può essere determinato il prezzo, per cui la vendita si perfezionerà quando si sarà fatta la misurazione (articolo 1616 (1462), I-II).

XLIX. — Nella quarta ipotesi ossia nella vendita di un immobile di cui si indica la estensione e si stabilisce il prezzo a tanto la misura, la differenza fra l'estensione dichiarata e la reale avrà maggiore o minore effetto secondo che sia più o meno. Per un manco minimo che sia, il compratore può sempre domandare o che il venditore gli procuri il resto, se ciò può essere, o che si scemi corrispettivamente il prezzo. Al contrario l'eccedenza bisogna sia almeno di un ventesimo (1) per partorire effetto; onde il compratore dovrà in proporzione accrescere il prezzo, tranne che non voglia rescindere il contratto. Gli scrittori pretendono che il compratore sia tenuto a pagare il supplimento del prezzo per ogni eccedenza, tranne il caso che al di sotto del ventesimo non possa rescindersi il contratto. Ma gli è questo un errore dannato dai principî, non che dai lavori preparatori del Codice. — Invero sarebbe iniquità che per un fatto da imputarsi soltanto al venditore, il compratore fosse costretto a pagare più di ciò che ha voluto e forse più di ciò che egli *poteva*. Gli è giusto l'aumento del prezzo, quando sia in facoltà del compratore pagare il dippiù o far rescindere il contratto; ma senza queste due partite fra cui scegliere, sarebbe iniquo. Dippiù fu chiaramente dichiarato quando facevasi la legge, che dove il compratore per un manco, *minimo che sia*, ha dritto a scemamento di prezzo; « al contrario *bisogna sia eccedenza di un ventesimo acciocchè il venditore abbia dritto a supplimento di prezzo*. »

Bisogna inoltre riconoscere (con tutti gli scrittori, eccettone un solo) che l'acquirente se non può in generale fare annullare per un ventesimo in meno come lo può per un ventesimo in più, lo potrebbe provando che egli non avrebbe comprato se avesse saputo la minore estensione, non essendo più accomodata all'uso ch'ei non volea fare (art. 1617-1618 (1463-1464), I e II)).

Gli è similmente certo, nonostante la contraria dottrina di un altro scrittore e l'antica controversia intorno a ciò, che nell'istante del contratto e innanzi la misurazione, vi è vendita perfetta e quindi trasferimento della cosa e dei suoi rischi. — Allora infatti è determinata la cosa, e anche il prezzo, poichè questo si ha moltiplicando il prezzo particolare (e noto) di ciascuna misura col numero (egualmente noto) delle misure; così la misurazione non serve a determinare il prezzo, bensì come un mezzo di verificare e riscontrare quanto debba essere. Oltre a ciò la legge intende che vi sia prezzo e che esista la vendita, giacchè occorrendo l'errore, essa parla dell'aumento e della diminuzione del prezzo, ed essendo abbastanza grave, dello scioglimento della vendita (*ibid.*, III).

L. — Vendendosi per un solo prezzo un immobile di cui si è dichiarata la estensione, la regola stanziata differisce in due punti da quella della precedente ipotesi. Da una mano, si ammette di scemarsi il prezzo per il manco di un ventesimo (siccome si accresce sempre per il dippiù del ventesimo); e dall'altra, il ventesimo in più o in meno si calcola, non più sull'estensione dell'oggetto, ma sul suo valore. — Ciò posto non bene si comprende la dimanda di alcuni scrittori se tal regola

(1) Ma non è necessario sia *più del ventesimo*, come delle volte si è detto, ma senza ragione.

sia da applicarsi ad una vendita che abbia per oggetto terreni di diversi valori, giacchè è appunto quello il solo caso per cui ha potuto essere dettata; quando il terreno venduto offra il medesimo valore in tutte le sue parti, il ventesimo della sua estensione è anche il ventesimo del suo valore, per cui il legislatore avendo voluto regolare qui questo caso, non avrebbe dovuto modificare per la nostra quinta ipotesi, la regola della quarta; egli unicamente pei terreni di diversi valori potè sostituire il calcolo del ventesimo del valore a quello del ventesimo della estensione. Se è stata indicata la particolare estensione di ciascuno dei terreni di diverso valore, è ben naturale l'applicazione di quella regola, e strano che la non debba applicarsi; essendo questo il solo caso in cui possa direttamente applicarsi; se per esempio, si è dichiarato di vendere 10 ettari di vigne ed altrettanti di bosco, si rileverà dalla misurazione se l'eccedenza o il manco sia in quelli o in questi, e di leggieri si potrà paragonare il valore al prezzo totale per conoscere se costituisca o no il ventesimo; se per l'incontro si è soltanto dichiarato di vendere 20 ettari di vigne e bosco, non può sapersi se l'eccedenza o il manco sia sul terreno di maggiore, o su quello di minor valore, per cui non potrà, almeno direttamente sapersi se sia o no il ventesimo dell'intero valore. Ma se è falso il dire che il calcolo col valore si applicherà soltanto quando sia stata indicata ciascuna speciale estensione, per qual ragione la regola non deve applicarsi a cotesto caso, bensì soltanto al primo? Se la non si applicasse come non si può applicar nemmeno quella della precedente ipotesi (essendo dettata per la vendita a tanto la misura), dunque non si dovrebbe mai accrescere o scemare il prezzo quando pure fosse enorme l'eccedenza o il manco. Dunque si applicherà la regola; se non che il valore si calcolerà, non direttamente e immediatamente, ma mediatamente e per induzione dal calcolo della estensione; vi sarà o no la differenza di un ventesimo del valore secondo che vi sarà la differenza di un ventesimo della estensione.

Del resto, non perchè non si è *indicata nel contratto* la estensione particolare di ciascuna natura di terreno, ma solo quando *non è nota* la estensione speciale che ebbero in mira le parti, la differenza del ventesimo del valore sarà quella del ventesimo della estensione; essendo nota, sebbene non indicata nell'atto, si dovrà prendere per base del calcolo il quale potrà farsi direttamente sul valore (art. 1619-1622 (1465-1468), I e II).

Alcuni scrittori insegnano che la latitudine di un ventesimo del manco si accrescerebbe (e secondo le circostanze sarebbe stabilita dai tribunali), se il venditore nel dichiarare la estensione avesse aggiunto la parola *circa*. Errore; ben si vede dalle osservazioni del consiglio di Stato che il Codice ha stabilito appunto il nostro principio per regolare l'approssimazione che si comprende in quella parola, derogando qui all'antico dritto per favorire doppiamente il venditore. Altra volta la latitudine esisteva quando formalmente si era detto *circa* ed era di un trentesimo, mentre oggi esiste sempre se pure la parola non si è posta (che va sottintesa), e giunge sino al ventesimo. Bisognerebbe una convenzione perchè si andasse più in là. E poichè la parola *circa* che dà la latitudine di un ventesimo al venditore, si sottintende nella nostra quinta ipotesi, dunque per il manco di un ventesimo il compratore potrebbe domandare lo scioglimento invece di un semplice scemamento di prezzo, ove egli provi che la estensione non sia bastevole per lo scopo per cui comprava (articolo 1619-1622 (1465-1468), III).

LI. — Nella quarta e quinta ipotesi che abbiamo spiegato, l'azione per supplimento, o per diminuzione di prezzo, non che per lo scioglimento quando può avere effetto, deve sperimentarsi dentro l'anno dal dì del contratto; e tal prescrizione di un anno che corre contro gli stessi incapaci, si applicherebbe ugualmente quando per speciali stipulazioni si sia stabilito un manco o una eccedenza diversi da quelli della legge, avvegnachè si nell'uno che nell'altro

caso reggano i motivi di pubblico interesse per cui si è rigettato un termine più lungo; la disposizione del Codice è assoluta. — Quando il compratore paga un supplimento gliene deve gl' interessi se ha goduto dello immobile; e sciogliendosi il contratto, il venditore è tenuto pagare le spese ed occorrendo i danni-interessi (art. 1619-1622 (1465-1468), IV-V).

In queste due medesime ipotesi benchè si sia indicata separatamente ciascuna delle estensioni generali di più fondi venduti con unico atto (non essendosi indicato del pari separatamente un prezzo speciale per ciaschedun fondo perchè il tutto si è venduto per un solo prezzo) deve riguardarsi l'atto come unica vendita di cui sono l'unico oggetto i varî fondi, per guisachè il manco o l'eccedenza deve calcolarsi per tutti insieme i fondi riuniti. — Uno scrittore insegna ma a torto, che cotale regola si applichi soltanto alla quinta ipotesi che è quella della vendita di immobili per un prezzo in massa e non già alle vendite fatte a tanto la misura. Se una vendita di dieci ettari di vigneto e di otto di prateria per il prezzo di 8,000 fr., si deve compensare l'eccedenza di un immobile col manco dell' altro, perchè non sarebbe il simile quando i due beni sono stati venduti per 400 fr. l'ettare? al contrario sono più giusti e più logici allora il compenso e le altre conseguenze di un calcolo che versa su tutti insieme i terreni; perciocchè nella vendita fatta per un prezzo in massa potrà accadere che la prima natura di terreno abbia un valore diverso dalla seconda, mentre è certamente uguale il valore quando i due fondi si sono venduti per il medesimo prezzo o tanto la misura. Adunque ben a ragione la legge parla di tutti i casi in cui vi sia un solo e medesimo prezzo senza far distinzione se sia stabilito in massa o a tanto la misura; così infatti pensavano i compilatori del Codice (articolo 1623 (1469) I e II).

LII. — Non vi ha difficoltà alcuna in ordine alla sesta ed ultima ipotesi che è quella di una vendita fatta, con la speciale convenzione di non garantirsi e doversi prendere tal quale si trova la estensione, benchè sia indicata senza che l'una o l'altra parte possa fare alcun richiamo. Ogni condizione che non sia contraria all'ordine pubblico, obbliga le parti per cui la cosa si dovrà prendere tal quale si trova; ove ciò si sia convenuto non produrranno alcun effetto l'eccedenza o il manco dell' estensione; ed è perciò che le due Corti di appello che aveano prima giudicato il contrario, adottarono poi questa dottrina seguita dagli scrittori e dalla Corte suprema (articolo 1623 (1469), III).

LIII. — Bisogna rimettersene a quanto abbiam sopra detto sul trasporto della proprietà e dei rischi ed altresì ai principî generali esposti nel Sunto del titolo delle Obbligazioni, onde conoscere se nell'intervallo della vendita alla consegna i rischi della cosa si debbano correre, secondo i casi, dal venditore, o dal compratore (articolo 1624 (1470).

§ 2. — *Della garanzia.*

LIV. — Il venditore ha l'obbligo di garentire il compratore (cioè proteggerlo e difenderlo, o in sussidio ristorarlo) in ragione : 1° di ogni sorta di evizione cioè di tutto ciò che può impedire il pieno e libero possesso della cosa venduta; 2° dei difetti occulti che distruggono o scemano notabilmente l'uso di essa cosa, e diconsi *redibitori* perchè il compratore può fare sciogliere il contratto (*redhibere*).

1. Della garantia in caso di evizione.

LV. — Dicesi evizione il danno che soffre il compratore (non importa se per l'azione di un terzo, o la passiva resistenza di lui) di tutto, o una parte di ciò che gli dovea trasmettere la vendita. Può aver luogo la evizione parziale o da ciò : 1° che gli

vien tolta una porzione della cosa; 2° o che gli è ristretto l'esercizio del dritto che dovea essergli trasmesso. o perchè esistano servitù passive , ipoteche ed altri pesi, o perchè non esistano le servitù attive promesse dal venditore (art. 1626 (1472), I).

L'evizione dà luogo a garanzia quando deriva da un dritto precedente alla vendita o che è nato (dopo la vendita) per fatto o colpa del venditore. — Così ella è dovuta quando al compratore vien tolta la cosa per la novella asta provocata da un creditore ipotecario, poichè il dritto di costui è anteriore alla vendita; ma non già, quando l'evizione provenga o da un dritto (posteriore) che è nato indipendentemente dal venditore, o dal fatto del principe, e da ogni altro caso di forza maggiore (1); tranne che il potere supremo si fosse mosso sulle istanze del venditore.

Ma vi sarebbe obbligo di garanzia quando una prescrizione incominciata prima della vendita si fosse compiuta dipoi? Alcuni credono che sì, perchè il dritto esisteva allora in germe prima della vendita; altri che no, perchè il dritto nasce dopo la vendita, essendo la prescrizione un dritto quando si acquista. Entrambe coteste dottrine sono inesatte. Certo bisogna aver riguardo al tempo in cui nasce il dritto che qui è dopo la vendita ; ma bisogna anche conoscere se il dritto benchè nato dopo, derivi per fatto del compratore, e per fermo deve a lui imputarsi, se per esempio la prescrizione fosse corsa più di ventinove anni contro di lui, e solo pochi mesi contro il compratore che non ne sarebbe stato nemmeno avvertito. La quistione dunque sarà risoluta secondo le circostanze (articolo 1626 (1472); II).

LVI. — Vi è obbligo di garanzia nell'aggiudicazioni forzate come nelle vendite volontarie? Gli uni l'ammettono e contro il proprietario pignorato, ed anche contro il creditore pignorante; gli altri la negano e contro l'uno e contro l'altro. Erronea la prima o la seconda sentenza. Infatti, se il debitore spropriato non è venditore nel senso ordinario della parola lo è nel senso di cui trattiamo. Vi ha qui un possessore che dandosi a credere come proprietario delle cose che si vendono a sua saputa come sue proprie, si procura il medesimo vantaggio, e cagiona al compratore il medesimo danno che se egli ne fosse venditore.

Il creditore pignorante non è affatto venditore, è la giustizia che vende per conto e come per mandato legale del debitore. — Del resto se il pignorante non può essere convenuto in garanzia come venditore, egli dovrebbe secondo il principio generale rispondere delle colpe commesse nel dirizzare i procedimenti; e contro i creditori graduati che sono stati pagati dall'aggiudicatario che soffre la molestia, si potrebbe ripetere ciò che indebitamente si è pagato. Ciò è manifesto perchè *il Codice* consente che si possa *ripetere quand'anche* la somma fosse dovuta, ma non da colui che ha pagato, e quindi annullandosi l'aggiudicazione, l'aggiudicatario non è stato debitore del prezzo (art. 1626 (1472), III).

Non è men certo che la garanzia può essere chiesta, non solo dallo stesso compratore, ma altresì da qualsivoglia successione che soffra la molestia. Pothier è vero negava questo dritto al donatario del compratore, ed anche sotto l'impero del Codice un profondo scrittore mette innanzi una dottrina incoerente e contraddittoria sul principio che risolve tal quistione. Ma non potrebbe esser dubbia la soluzione.

Un donatario in generale non *ha dritto* ad essere garantito dal suo donante, ma non perciò egli non potrebbe aver dritto contro i venditori del donante. Colui che aliena, tranne non vi sia una stipulazione *contraria*, trasmette all' acquirente tutti i dritti e le azioni di cui è investito in ordine alla cosa alienata ; quindi la donazione conferisce al donatario l'azione di garenzia che il donante aveva contro il venditore. Dunque

(1) Non è così del fatto del giudice, checchè ne abbia detto Pothier secondo il dritto romano. La cosa giudicata essendo cosa vera (legalmente, benchè in fatto possa essere falsa), deriva che quando sarà giudicato anche a torto che la tal cosa non appartenesse al venditore, sarà vero in dritto che dessa non sia stata trasmessa al compratore, e che quindi questi sia tenuto a garanzia.

ı buona ragione è stato così deciso dalla risprudenza e da Domat (articolo 1626 ,72), IV).

LVII. — Le parti possono a loro grado tringere l'obbligo legale di garenzia.— ssono allargarlo stipulando per modo esempio che sarà dovuta per il fatto principe, o per altri casi di forza ggiore; ma per ciò è bisogno che sia nifesta la volontà dei contraenti. Questa ranzia, che deriva dalla convenzione, si iama *garanzia di fatto* in contrapposto quella che deriva dalle disposizioni stesse lla legge, e che dicesi *garanzia di diito*. Viceversa si può restringere l'obbligo, toglierlo affatto con una distinzione pei tti personali al venditore. Se i fatti sono nteriori al contratto, si può stipulare di non ssere tenuto a garanzia, purchè siano lealente indicati al compratore; e quindi saebbe necessaria a ciò non una dispensa enerale bensì una speciale che indicasse fatti. Ma pei fatti futuri il venditore non uò mai esserne esonerato; ciò vuole la uona fede. — Posto ciò, possiam dire che garanzia in generale è dell' indole e ropria del contratto di vendita, e che ella essenziale soltanto per quei fatti persoali al venditore che sarebbero posteriori l contratto, o che essendo anteriori non ssero specialmente dichiarati da lui (arcolo 1626 (1472), V).

LVIII. — L'obbligo di garenzia può cesare, o solo pei danni-interessi, o per essi nsieme e per il prezzo da restituire.

Il venditore è scaricato dei danni-inteessi rimanendo solo debitore del prezzo: ° quando si è stipulata nessuna garanzia; ° quando nulla dicendosi nell'atto di venlita il compratore conoscesse il pericolo del'evizione; sarebbero dovuti i danni-interessi se il compratore, nonostante la conoscenza, avesse stipulato la garenzia. Non importa che il compratore abbia acquistato la conoscenza per la dichiarazione formale del debitore o in altra maniera, ed essendo assoluta la disposizione della legge bisogna rigettare (come ha fatto la giurisprudenza) le distinzioni che parecchi scrittori (che nemmeno concordano fra loro) vogliono fare o fra le ipoteche o altre pesi, o fra le une ipoteche e le altre. — Il venditore non è tenuto a danni-interessi nè a restituire il prezzo nei seguenti quattro casi: 1° quando si riuniscano le due sopraddette circostanze, cioè quando siasi stipulata la nessuna garenzia e il compratore al tempo della vendita abbia saputo il pericolo dell'evizione; — 2° quando la vendita si è fatta a rischio e pericolo del compratore, senza distinguere se l'atto contenga o no la clausola di non garenzia; — 3° quando l'evizione è avvenuta per colpa o almeno per fatto del compratore, per esempio se si è lasciato condannare senza chiamare il suo venditore, e questi provi che avrebbe potuto impedire la evizione; — 4° infine quando si è stipulato non doversi restituire il prezzo, come per esempio, se si fosse detto che la vendita si è fatta senza garenzia *nè restituzione di danaro*. — Non ha alcun fondamento ed a ragione è stata condannata dalla Corte suprema l'idea ammessa da due decisioni, che si sarebbe di pieno dritto dispensato dall'obbligo di garenzia per questo solo che l'evizione non tolga il ventesimo della cosa (art. 1621 (1467), VI).

LIX.— Colui che dovrebbe garentire dall' evizione non può inferire alcuna molestia; quindi il compratore ha *una eccezione di garenzia* contro il venditore, contro il suo fideiussore, e contro tutti i successori universali dell'uno o dell'altro.

Così, il proprietario della cosa venduta *a non domino* se diviene erede del venditore o suo legatario o donatario universale, non potrà più arrecargli molestia. Parecchi scrittori è vero ammettono questa idea per tutti gli eredi o legatari universali, ed altresì pei donatarî di beni presenti e futuri, ma non già pel donatario di beni presenti, giacchè a detta loro, la stessa donazione universale è allora un titolo particolare, essendovi universalità quando si abbraccia l'avvenire non che il presente. Ma ciò non può ammettersi. Certo una tale donazione non è universale nel senso assoluto della parola, ma lo è per produrre lo effetto di cui si tratta. La massima *universi patrimoni non certarum rerum aes*

alienum onus est, si intende tanto del patrimonio presente (pei debiti presenti) quanto del patrimonio presente e futuro, (pei debiti presenti e futuri), non essendo possibile che si riguardi come disposizione di cose speciali e determinate (*certarum rerum*) quella che trasferisce in massa tutti i beni, dritti ed azioni che mi appartengono. Dippiù i lavori preparatori annunziano questo senso stanziato dalle decisioni. — È risaputo che dovrebbe applicarsi la nostra regola quando il proprietario fosse un minore, i di cui beni fossero stati venduti dal tutore come suoi, ove per avventura divenga erede del suo tutore; la legge non fa eccezione al principio per rispetto ai minori. Ma due scrittori insegnano che sarebbe diversamente se la cosa fosse stata venduta come appartenente al minore, ma senza le formalità richieste; perciocchè i vizi di forma, essi dicono, essendo da imputarsi tanto al compratore che al venditore, questi non è tenuto per tal causa ad alcuna garanzia. Errore condannato a buon dritto dalla Corte suprema. Quando le due parti sono state del pari negligenti, l'evizione avvenuta non darebbe dritto contro il venditore a danni-interessi, ma non farebbe certo venir meno la garenzia per la restituzione del prezzo; e poichè il venditore deve garentire, egli dunque non può recar molestia e nemmeno il suo rappresentante. E come mai potrebbe il mio venditore trar partito da una negligenza, che è stata comune all'uno e all'altro, per spogliarmi della cosa venduta; come potrebbe spossessarmi, egli che dovrebbe difendere il mio possesso contro di tutti? Certo egli non lo può e nè manco quindi il suo erede.

Colui che si è fatto mallevadore del venditore (e che quindi dovrebbe garentire ove ne sia il caso) non può mai arrecare evizione; non potrebbero dunque nemmeno arrecarne i suoi eredi. Un dotto professore dice altrimenti, ma incorre in una eresia. Invano egli pretende che la garanzia si risolva in danni-interessi, e che quindi l'erede del fideiussore potrebbe arrecare l'evizione pagando i danni-interessi; avvegnachè la garanzia abbia per oggetto il libero possesso della cosa, e si risolva solo in danni-interessi quando è impossibile procurare quel possesso. Se fosse esatto quel che dice il dotto professore, dovrebbe applicarsi non solo all'erede del fideiussore, ma altresì al fideiussore, all'erede del venditore medesimo, e così si distruggerebbe la regola *quem de evictione*, ec. (1627 (1473)-VII).

LX. — E molto controverso se l'azione ed eccezione di garenzia siano o pur no divisibili. È riconosciuto che l'azione in modo, salvo una quistione di parole indegna di uomini profondi, è indivisibile astrattamente in se stessa, e al contrario divisibile praticamente nella sua esecuzione; ma quanto all'eccezione la controversia è così seria quanto dolorosa ed antica, e la dottrina della indivisibilità, che oggidì pure si ammette da una costante giurisprudenza, è tassata di paradosso da un interpetre del Codice ed *inetta e stupida* era stata detta da Dumoulin!... Ciò nonostante noi fermamente crediamo che ella sia la sola esatta, e che le decisioni che l'hanno seguita si appongono al vero.

Quanto all'azione, tutti gli scrittori convengono e con buon dritto che avendo ella per oggetto diretto il libero possesso per parte del compratore, la difesa di costui contro ogni turbamento ed usurpazione, è perciò indivisibile in principio, avvegnachè non si possa chiamar l'erede per un terzo od un quarto a fare il terzo o il quarto di una lite a produrre il terzo o il quarto di un titolo. Ma venendo all'applicazione del principio, siccome l'erede citato può non venire difendendo il compratore, e lasciar così che l'obbligazione si tramuti (arrerandosi l'evizione) in una somma determinata che si può ben dividere, e dall'altra parte la condanna che cadrebbe contro lo erede non potrebbe opporsi agli altri, quindi il compratore deve essere cauto a mettere in causa tutti gli eredi come se fosse in caso di divisibilità. Da ciò si vede come sia di nessun conto la censura fatta alla Corte suprema per aver detto (badando meno alle pure astrazioni che alla realtà delle cose) che l'azione di garenzia è divisibile mentre ella lo è praticamente.

Non è così per l'eccezione. Indivisibile n dritto per la stessa ragione dell'azione, ivendo per base il medesimo obbligo di garanzia, lo è similmente in fatto perchè si presenta in tali circostanze di avere in pratica ogni efficacia. — Chi lo crederebbe che coloro appunto i quali proclamano l'indivisibilità quando non può produre alcuno effetto, cioè, nel caso di azione, la neghino poi nel solo caso in cui sia efficace, cioè nel caso di eccezione; e i due motivi su cui si fondano sono tanto strani quanto la stessa soluzione.

Il primo si cava da ciò che l'obbligo di *consegnare* è divisibile; ma non si tratta dell'obbligo di consegnare, bensì dell'obbligo di garentire; e dai seguaci di questo falso sistema viene insegnato « sebbene la prima *sia divisibile*, la seconda nondimeno è *indivisibile* ». Il secondo motivo è, che se da una mano è indivisibile l'obbligo di difendere e proteggere il compratore, non è dall'altra così assoluto che lo crede del venditore *non possa alle volte* tramutarlo in obbligazione di somma determinata, nella quale egli sarebbe tenuto alla sua parte; come se questo strano argomento non fosse già confutato da questa idea (che gli avversarî svolgono per il caso di azione): che tal possibilità non è un dritto bensì un fatto materiale che *non esiste più* nel caso di eccezione! Non si concepirebbe che i partigiani di Dumoulin professino la divisibilità appunto quando *non esiste* la possibilità di tramutare l'obbligazione indivisibile in debito divisibile (che è il caso di eccezione); e sono essi che nondimeno si attengono all'indivisibilità quando esiste la possibilità (cioè nel caso di azione).

In breve l'obbligo di garanzia dei molti che rappresentano il venditore è indivisibile per sua natura e fino a che non si muti in obbligazione di somma determinata. Or cotesti rappresentanti, nel caso di azione di garanzia, possono sempre mutar l'uno nell'altro obbligo, per cui l'azione tuttochè indivisibile in principio diviene allora divisibile in fatto; ma non hanno questa facoltà nel caso di eccezione. Con ragione adunque è stato in tal modo deciso da una costante giurisprudenza (1626(1472), VIII).

LXI. — Avvenendo la evizione e non essendosi per nulla modificato l'obbligo legale di garanzia, il venditore deve restituire il prezzo della vendita e pagare i danni-interessi. Distinguiamo il prezzo dai danni-interessi; giacchè con queste ultime parole si intende l' indennizzamento delle spese fatte per l'evizione, delle spese di contratto, ec.; ma non già il prezzo di vendita, checchè altri ne abbia detto in contrario. — Il compratore domanda il prezzo non a titolo di ristoro del danno patito, ma perchè indebitamente pagato, e quindi la sua azione è una *condictio indebiti*. Dippiù deve sempre il prezzo restituirsi quando anche la cosa al tempo della evizione fosse scemata di valore, o perchè in generale i beni di simigliante natura sieno sviliti, o per casi fortuiti o per la negligenza del compratore, il quale credendosi proprietario della cosa, poteva ben trascurarla senza darne conto ad alcuno, ma ciò non toglie che egli non abbia indebitamente pagato il prezzo di vendita (laddove trattandosi di danni-interessi egli potrebbe chiedere soltanto ciò che ha perduto). E sarebbe sempre dovuto intero il prezzo, sebbene Pothier insegnasse il contrario, se fosse perita una parte della cosa, poichè la perdita non dee riguardarsi con più disfavore che la negligenza del compratore ammessa formalmente dal Codice. Ma se la cosa da una mano scemasse e dall'altra crescesse di valore, il compratore ricevendo l'intero prezzo, nonostante lo scioglimento, non potrebbe più pretendere danni-interessi per lo aumento, avvegnachè i danni-interessi siano dovuti perciò che la cosa vale *oltre il prezzo di vendita*, e nel caso nostro la cosa ritorna per lo aumento al valore che le era venuto meno per lo scemamento (articolo 1630 (1476), I e II).

Per fermo il compratore non può mai (nè si comprende che Pothier abbia potuto insegnare il contrario), nemmeno da un venditore anteriore al suo che avrebbe venduto più caro, ridomandare un prezzo maggiore di quello pagato, e molto meno più prezzi di vendita. Ma non perciò bisogna

(come ha fatto un moderno scrittore che incorre nell'errore opposto a quello di Pothier, ed altresì in una manifesta contraddizione ammettendo altrove il principio evidentissimo (che qui rigetta) negare che un venditore trasmette al suo compratore tutte le azioni che egli ha sulla cosa venduta; ma questo trasferimento è un accessorio della garanzia a cui è tenuto lo stesso venditore: non si può far garantire il rinfrancamento di ciò che non si è pagato. — Così il compratore ha sempre dritto al solo suo prezzo (1); e così come può ripetere le somme pagate a titolo di regalo, di mancie ed altro, perchè sono una parte del prezzo, può del pari il venditore togliere da ciò che deve restituire, tutto il danaro che il primo per qualunque siasi causa ha pagato (art. **1630** (**1476**), III).

In quanto ai danni-interessi, abbracciano essi tutti gli oggetti da restituirsi oltre il prezzo di vendita, e specialmente: 1° le spese che il compratore avrebbe fatte sulla cosa; 2° la differenza che può trovarsi tra il prezzo di vendita ed il valore maggiore della cosa al tempo dell'evizione. Riguardo alle spese bisogna distinguere le necessarie, le utili o voluttuose. Devonsi le prime anche quando non ne risulti un valore maggiore; per le seconde il venditore deve soltanto il dippiù del valore, perchè questo vien tolto per l'evizione al compratore; per le ultime non vi è luogo a compenso, se non quando il venditore conosce nel contrarre la causa dell'evizione. In quanto alla differenza del prezzo col valore presente e maggiore, diciamo con Dumoulin e Pothier, che se si trattasse di un enorme valore risultante da avvenimenti straordinarî e fuori di qualunque preveggenza, il venditore ne dovrebbe solo l'intera indennità se venduto avesse di mala fede. Tal soluzione conforme ai principî generali potrebbe solo rigettarsi se vi fosse una formale eccezione, ma questa non vi è (art. **1630** (**1476**), V).

LXII. — Nel precedente numero supponiamo una evizione totale: parliamo adesso della parziale che può accadere in diverse maniere.

Avviene in prima quando al compratore vien tolta una porzione della cosa: bisogna allora distinguere se la porzione sia o no tale che senza di essa la compra non sarebbe avvenuta. Se fosse avvenuta, il compratore ha dritto soltanto (oltre agli altri danni-interessi) al rindennizzamento di ciò che vale in atto la cosa che gli vien tolta. Nel caso contrario, egli può scegliere fra questo rindennizzamento e lo scioglimento del contratto, facendosi restituire il prezzo, e riconsegnando il rimanente della cosa. Poichè la legge non distingue, cotal regola si applica ad ogni evizione sia pure di una porzione indivisa (art. **1630-1637** (**1476-1483**)).

È risaputo che in questa ipotesi bisogna noverare il caso in cui sia tolta, ma molto dopo la vendita, una parte di godimento o di prestazioni (di un usufrutto, di una rendita vitalizia). Ma è quistione molto controversa se debba dirsi il medesimo della vendita di animali; noi ci atteniamo all'affermativa. Non si compra un cavallo per custodirlo sempre come un podere; il compratore non vuole il cavallo in se stesso, ma *i servigi* che può cavarne per venti o quindici anni; per cui, se è privato del cavallo poichè ne ebbe la metà o due terzi dei servigi, egli soffre una evizione parziale (art. **1630** (**1476**)-IV).

È pure parziale, e sta soggetta alla regola alternativa sopraindicata, quella evizione che deriva, o da ciò che esistano servitù non apparenti o altri carichi occulti che il venditore non avrebbe fatto conoscere, o da ciò che non esistano le servitù attive che fossero state promesse. Se nel primo caso la servitù era apparente, il compratore non potrebbe dolersi, avendo potuto e dovuto conoscerla. — Del resto, qui come sempre la regola dettata dalla legge può essere modificata, e resa più

(1) Parliamo qui del solo prezzo, oltre il quale rimane la quistione dei danni-interessi, per cui lo acquirente ha dritto di chiedere ciò che non ha pagato. Un donatario potrà a tal titolo chiedere come si è visto nel n. LVI, dal venditore del donante il prezzo da costui pagato.

ieno severa dalle parti con una espressa tipulazione. È ben naturale pure che le isposizioni analizzate in questo paragrafo debbano aver compimento coi principî generali del titolo delle Obbligazioni (articolo 1638 e 1639 (1484 e 1485)).

2. Della garanzia dei difetti occulti.

LXIII. — Quando la cosa venduta è inziata al tempo della vendita da difetti occulti e ignoti al compratore, e pei quali i impedisce o scema grandemente l' uso ui era dessa destinata, il compratore può are sciogliere la vendita; donde è venuta a espressione *vizi redibitorî*. Diciamo, dietti occulti e insieme non noti al compratore, giacchè non vi sarebbe obbligo di garanzia, se questi abbia comprato con conoscenza di causa, o se i vizi siano apparenti, e che a pur guardarli si sarebbero potuti conoscere. Non così, sotto quest'ultimo rapporto, per le mercanzie che non si è *soliti* di esaminare presso il mercatante; l'uso costante del commercio esige che il mercante si consideri come un tacito malevadore che la cosa sia in buono stato e quale di ordinario si vende. — Ma tranne questa eccezione, è necessario che il compratore non abbia potuto conoscere i dietti. Se il venditore li abbia o no conosciuto, non monta; se non che essendone allo scuro, egli potrebbe esimersi da ogni garanzia con una espressa stipulazione.— Si devono garantire ogni sorta di cose, sieno immobili, o mobili. Ma non si è tenuto a garanzia nelle vendite giudiziali (articolo 1641 (1487), I).

Il Codice non avea indicato per nessun caso in qual termine il compratore dovesse sperimentare la sua azione, riportandosene all'uso dei luoghi. Ma la legge del 20 maggio 1838 ha posto termine a questo stato di cose per le vendite di animali domestici che sono le più frequenti; sicchè l'uso dovrà seguirsi solo per le altre vendite, e dove non sia costante, si assegnerà un termine brevissimo che il Codice ha lasciato all'arbitrio dei magistrati. Del resto la legge del 1838 determina i soli casi che dàn luogo all'azione redibitoria per le varie specie d'animali; e per ovviare alle frodi, già prima troppo frequenti, essa ha tolto al compratore l'arbitrio di scegliere tra lo scioglimento del contratto e la riduzione del prezzo (il che può far sempre in qualunque altra vendita), costringendolo nelle vendite di animali domestici allo scioglimento. — Il venditore deve in tutti i casi restituire oltre il prezzo di vendita le spese fatte in occasione della vendita, e pagare i danni-interessi se conosceva i vizî (*ib.*, II).

Oltre i due casi in cui il venditore che non conosca il vizio della cosa abbia stipulato non esser tenuto a garanzia, e in cui il compratore abbia avuto conoscenza del vizio al tempo della vendita, il venditore cessa di essere risponsabile, 3° quando la cosa sia perita per caso fortuito; 4° quando sia perita per colpa del compratore; 5° infine, nei casi di moccio, scabbia e vaiuolo, se il venditore pruovi che l'animale, dopo la consegna fattane, sia stato messo in contatto con altri attaccati da queste malattie. — Infine se si metta in dubbio l'esistenza del vizio al tempo della vendita, o che la cosa sia perita per cagione di quel vizio, non esiste alcuna presunzione in favore del compratore, il quale dovrà quindi provare la sua pretensione (*ib.*, III).

SEZIONE II.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL COMPRATORE.

LXIV. — Il compratore è tenuto a due cose: pagare il prezzo, e farsi consegnare la cosa.

1. Della obbligazione di pagare il prezzo.

LXV. — Il pagamento del prezzo dovrà farsi nel tempo e nel luogo indicati nella convenzione; se nulla siasi detto, nel tempo e nel luogo ove deve farsi la tradizione, per le vendite in contanti, e nel domicilio del compratore per quelle a termine. Il prezzo produce interessi in tre casi: 1° quando vi sia convenzione su tal riguardo; 2° quando la cosa venduta sia fruttifera; 3° quando il compratore che non paga sia costituito in mora. Nel primo caso, gl'interessi corrono dal giorno stabilito nella convenzione, e in mancanza dal medesimo giorno della vendita; nel secondo, dal giorno della tradizione, nel terzo, dal giorno della intimazione (art. 1650-1652 (1496-1498).

Se il compratore fosse turbato nel suo possesso, o avesse fondati sospetti di esserlo, egli potrebbe sospendere il pagamento fino a che il venditore non faccia cessare la turbativa, tranne che 1° non si fosse espressamente convenuto che il compratore pagherebbe non ostante la turbativa; 2° che il compratore avesse conosciuto al tempo della vendita il pericolo della turbativa; 3° che il venditore desse cauzione. Oltracciò, durante la sospensione del pagamento, correranno sempre gl' interessi (art. 1653 (1499)).

LXVI. — Non pagando il compratore, il venditore ha dritto a far risolvere la vendita; la qual facoltà, tranne il caso in cui siasi costituita una rendita vitalizia, è consacrata in modo assoluto dal Codice tanto per le vendite di mobili che per quelle di immobili. Or su questo punto si son fatte due vive quistioni, la seconda delle quali è stata lungamente controversa. — E in prima, il testo del nostro articolo dà al giudice la facoltà di accordare un termine al compratore nelle sole vendite d'immobili. Si dovrà dire per questo che non si possa accordarlo nelle vendite di mobili? Noi diciamo che sì, poichè quantunque questa facoltà non sia scritta nel nostro titolo, pure è racchiusa nei principi generali delle convenzioni. La seconda quistione riguarda gli effetti della buona fede, nelle vendite di mobili, per rispetto al creditore di cui questi siano il pegno ipotecario, perchè immobilizzati per destinazione. Un dotto scrittore e alcune decisioni han detto che in questo caso, a differenza di quel che avviene quando il compratore abbia rivenduto o dato in pegno ad un terzo la cosa, il venditore potrebbe far risolvere la vendita, perchè il compratore non ha potuto trasmettere maggiori dritti di quanti egli ne aveva; ma è questo un errore, poichè l'effetto della buona fede del terzo acquirente di mobili sta appunto in dargli un dritto che il suo venditore non aveva. Ben a ragione dunque questa dottrina è stata rigettata da altri scrittori e da varie decisioni più recenti. — Per gl' immobili l'azione risolutiva potrà esercitarsi contro qualunque sottoacquirente o cessionario di dritti reali, poichè la buona fede non ha per effetto di attribuire la proprietà. L'azione potrà anche esercitarsi dal venditore che abbia perduto il privilegio annesso al suo credito, poichè il privilegio e il dritto di scioglimento sono due cose affatto distinte e indipendenti, nè perduto l' uno, l' altro più non sussiste (art. 1654 (1500), I e II).

LXVII. — In Roma la condizione risolutiva non si ammetteva di pieno dritto, ma esisteva per le sole vendite in cui stipulavasi formalmente; dal che inferivasi che, scorso il termine, se il venditore non pagato, anzichè lo scioglimento, chiedesse il prezzo, egli perdeva per ciò il dritto a far risolvere la vendita, la quale rimaneva pura e semplice. Sotto il Codice non può più ammettersi cotesta idea. La condizione risolutiva esiste oggi tacitamente e di pieno dritto in tutte le vendite, sicchè colla pretesa sostituzione di una seconda vendita alla prima, si eviterebbe la condizione espressa per incorrere nella tacita. La contraria opinione adunque è stata seguita per inavvertenza da uno scrittore; il venditore, non ostante i procedimenti che faccia onde essere pagato, potrà sempre agire per lo sciogli-

mento. — Però, se il venditore, nello scopo di esser pagato, avesse provocato egli medesimo o approvato una rivendita o concessione di dritti reali, egli non avrebbe più dritto allo scioglimento in danno dei terzi acquirenti. Infine è manifesto che se i creditori del venditore, esercitando in nome di lui l'azione per il pagamento, avessero ricevuto il prezzo di vendita, il venditore non avrebbe più dritto a farla risolvere (articolo 1654 (1500), III).

LXVIII.—La condizione risolutiva espressa si compie più facilmente che la tacita; ma l'una e l'altra producono i medesimi effetti. Quando è stipulata espressamente, gli è vero che bisogna sempre una notificazione; ma dopo questa, la vendita è sciolta, nè il magistrato potrebbe accordare alcun termine, mentre che quando la condizione è tacita, potrebbe accordarsi una dilazione, tranne che il venditore non corra pericolo di perdere la cosa e il prezzo.

Gli effetti dello scioglimento consistono in ambi i casi nel rimettere le cose al medesimo stato, come se vendita non vi fosse stata. Così il compratore dovrà restituire la cosa coi frutti, se ve ne sono, e una indennità per i deterioramenti da lui cagionati. Da canto suo il venditore dovrà restituire la parte di prezzo che ha forse ricevuto, insieme cogl'interessi, se gli si restituiscano frutti, e ritoglierà la cosa libera da qualunque peso impostole dal compratore, dovendo però rispettare i fitti da costui consentiti (art. 1654 (1500), IV).

La natura dell'azione risolutiva è stata già sopra indicata (n. XXI) parlando dell'azione per lo scioglimento, cioè è mista contro il compratore che sia in possesso della cosa, personale contro il compratore che non sia in possesso, reale contro il sottoacquirente. Essa dura trent'anni contro il compratore; però, in quanto agli immobili trasmessi ad un sottoacquirente, essa non sarà sempre ed assolutamente di trent'anni, come a torto han detto alcune decisioni condannate da una costante giurisprudenza; ma ora di trent'anni, di dieci o venti soltanto, secondochè vi sia o pur no buona fede da parte del sottoacquirente. Non vi sarebbe motivo infatti, per cui negarsi al possessore di buona fede il beneficio che gli accorda la legge (*ibid.*, V).

2. Dell'obbligazione di farsi consegnare la cosa.

LXIX. — Il compratore deve farsi consegnare la cosa o al tempo stabilito, o nel termine che è di uso, o in fine, in mancanza di convenzione e d'uso, immediatamente dopo la vendita.

Se il compratore non faccia consegnarsi la cosa, il venditore, dopo fattagli una intimazione, può a sua scelta domandare il pagamento del prezzo o lo scioglimento della vendita; e se siano cose mobili, farsi autorizzare a depositarle in un determinato luogo. Quando siasi formalmente stabilito un termine per il rilascio nella vendita di cose mobili, il venditore, scorso il termine, può riputare come immediatamente sciolta la vendita, senza bisogno di sentenza o di alcuna intimazione.

Due scrittori insegnano che la risoluzione di pieno dritto debba ammettersi anche quando nulla siasi convenuto intorno alla consegna; ma questa dottrina deve rigettarsi, poichè quella è una disposizione esorbitante che non dee estendersi ai casi non preveduti; e per altro una convenzione speciale intorno al termine del rilascio importa naturalmente la facoltà del venditore di disporre della cosa scorso quel termine, il che non potrebbe dirsi per gli altri casi (art. 1657 (1503).

CAPITOLO QUARTO

DELLE VENDITE DI CREDITI ED ALTRI DRITTI.

LXX. — La vendita dei dritti ed azioni, ossia delle cose incorporali, è in generale soggetta ai medesimi principî che governano l'altra delle cose corporali; ma il Codice, ha stabilito alcune regole speciali: 1° per la vendita dei crediti; 2° per quella di una eredità; 3° per quella dei dritti litigiosi.

§ 1. — *Della vendita dei crediti.*

LXXI. — La vendita di un credito, come qualunque altra, è perfetta tra il venditore e il compratore col solo consenso; ma in faccia ai terzi essa è valida o colla denunzia della vendita fatta al debitore, o coll'accettazione di costui in un atto autentico. Se varie vendite di un medesimo credito fossero state denunziate o accettate nel medesimo giorno senza indicazione dell'ora, i varî compratori saranno nel medesimo grado, cioè proprietarî ciascuno per la sua parte. È risaputo per altro che la legge eccettua dalla formalità della denunzia o della accettazione alcuni crediti, come le lettere di cambio, i biglietti ad ordine, le rendite dello Stato, le azioni della banca di Francia, ec. (art. 1689 (1535), I).

LXXII. — La proprietà del credito adunque non si trasmette in faccia ai terzi che per mezzo della denunzia, o dell'accettazione dell'atto; dal qual principio segue: 1° che fino a tanto non si adempia la formalità, il solo cedente, proprietario per rispetto ai terzi, può agir contro di loro, e se si deve accordare al cessionario il dritto di fare degli atti conservatorî, ciò è solo perchè tali atti devono sempre riguardarsi con favore, e permettersi quindi ad ambe le parti; 2° che il cedente può costringere il debitore a pagare, senza che questi possa opporgli la cessione, e viceversa il debitore potrà liberarsi in faccia al cedente, senza che il cessionario possa lagnarsene adempiendo dipoi la formalità; 3° che tra due compratori successivi di un medesimo credito, il secondo ne diverrà proprietario se facesse denunziare od accettasse il primo; 4° infine, che i creditori del venditore, finchè non sia adempita la formalità possono utilmente sequestrare il credito ceduto. — Intorno a quest'ultima conseguenza si è mossa una ben grave difficoltà.

Non v'ha chi sconosca che la denunzia o accettazione fatta dal cessionario dopo il sequestro, ma prima di essersi distribuito il danaro, equivale ad un sequestro, e dà dritto al cedente di concorrere pro *rata* coi sequestranti. È stato anche riconosciuto, dopo varie quistioni da cui spunta chiara finalmente la verità, che i sequestri posteriori non varrebbero per rispetto al cessionario, e che la cessione riprende la sua vaglia contro costoro e non può mettersi a paro con un semplice sequestro. Però gli scrittori si son divisi, ed han prodotto tre inesattissimi sistemi, dovendo regolare i rapporti del cessionario coi sequestranti primi e posteriori alla denunzia o accettazione (art. 1689 (1535), II).

LXXIII. — Per regolare cotesti rapporti, gli uni insegnano che i sequestranti posteriori alla notifica ovvero all'accettazione non hanno alcun dritto nè in faccia ai sequestranti anteriori ne in faccia al cessionario: il che è falso, perciocchè ogni sequestro praticato innanzi la distribuzione, dà dritto ai danari che esistono tuttavia presso giustizia.

Un secondo sistema, seguito dalla giurisprudenza (1), accorda ai sequestranti [...]

(1) Delle Corti di appello, poichè la Corte suprema non ha giudicato ancora sulla quistione

steriori il dritto di venire in contributo con quelli anteriori ; ma dà a questi il dritto di ripetere dal cessionario tutta la somma che loro viene tolta ; il che non può ammettersi, perchè in questo modo i sequestri posteriori retroagirebbero contro il cessionario in faccia a cui essi non hanno effetto. — Altri finalmente concedono un' azione di regresso ai sequestranti anteriori contro il cessionario per la differenza da loro ricevuta nel contributo, e quella che avrebbero ricevuta se il cessionario fosse stato uno dei creditori. — Quest'ultimo sistema benchè si avvicini al vero, pure non ne tocca il segno; darebbe or troppo al cessionario in danno dell'ultimo sequestrante, o troppo a questi in danno di quello. Ecco il sistema che deve diffinitivamente seguirsi.

Se al cessionario tornasse conto di essere riguardato come creditore sequestrante, tutti compreso lui verrebbero in contributo. Se egli volesse farsi riguardare come cessionario, bisogna fare due cose : 1° dargli tutto ciò che eccede la somma per cui è stato fatto il sequestro prima della notifica ; 2° dividere questa medesima somma tra i sequestranti anteriori e i posteriori, dando ai primi tutto ciò che avrebbero avuto se il cessionario fosse stato un creditore, e il rimanente solo agli ultimi (art. 1689 (1535), III e IV).

LXXIV. — Nella vendita di un credito si comprendono naturalmente tutti i suoi accessori, tranne non vi fosse una convenzione contraria; sarebbero accessori la fideiussione, il privilegio, l'ipoteca che garantiscono un credito, il dritto di costringere coll' arresto di persona per ottenere il pagamento , quello di ricevere gl' interessi che produrrà, o che sono in atto dovuti. — E poichè ogni cessione di un credito comprende altresì tutti i suoi accessori, dobbiam dire, come ormai ha fatto la giurisprudenza dapprima ondeggiante, che i privilegi o le ipoteche che garentiscono un credito che può essere trasmesso per semplice girata, si trasferiscono nel medesimo modo e tempo (art. 1692 (1538), I e III).

Ma sarebbe altrimenti di tutti i dritti che competevano al cedente in forza dell' atto d'onde si genera il credito.

Così, il cessionario del credito che io aveva contro Paolo per l'immobile vendutogli, non potrebbe domandare lo scioglimento caso che quegli non paghi ; e nemmeno domandarne la rescissione se il prezzo fosse da meno dei cinque dodicesimi del valore; e per sola inavvertenza si è potuto insegnare dagli scrittori il contrario, confondendo la cessione *di tutti i dritti ed azioni* che ho contro di Paolo, con quella del *credito* che ho contro di lui. Il dritto di agire per risolvere la vendita, e riprendere l'immobile, non è un accessorio del credito, poichè può nascere quando quello non esiste, racchiudendo la domanda di scioglimento la rinunzia al dritto di chiedere il pagamento ; molto meno è accessorio del credito il dritto di far rescindere il contratto per viltà di prezzo (articolo 1692 (1538), II).

LXXV. — Le vendite di crediti, come le altre, dan luogo alla garanzia del venditore, la quale si distingue pure in legale o *di dritto*, e convenzionale o *di fatto*. La garanzia di dritto, la quale sussiste sempre non ostante la dichiarazione che la vendita sia fatta *senza garanzia* (intendendosi con questa parola, giusta i termini della legge, la esclusione della garanzia di fatto) , ha per oggetto l'esistenza del credito, la sua validità e il dritto di proprietà del cedente: mancando una di queste tre circostanze , il cedente sarà tenuto a restituire il prezzo della cessione insieme cogl' interessi , le spese dell'atto , le spese fatte per liti , e l'indennità per qualunque altra perdita che dalla cessione siane potuta venire al cessionario (art. 1693 (1539), I).

Le parti con una speciale convenzione, possono restringere non solo ma anche togliere la garanzia legale , come del pari possono estenderla. — Perchè il cedente non sia tenuto a garanzia, è necessario che il credito siasi dichiarato dubbioso, o che il compratore l' abbia preso a suo rischio e pericolo, o che egli abbia conosciuto al tempo della vendita il pericolo della evizione. Fuori di questi casi, il venditore sarà

tenuto sempre a restituire il prezzo, e non potrebbe liberarsi che dalle restituzioni accessorie. — Le clausole con cui si estende la garanzia, possono distinguersi in tre classi. Infatti il venditore può rispondere : 1° della solventezza presente del debitore soltanto; 2° della sua solventezza presente e futura; 3° infine che egli medesimo pagherebbe, o dopo un semplice precetto, o anche senza, appena scorso il termine, il che libera il cessionario dal rivolgersi contro il debitore o contro i fideiussori, o dal discutere le ipoteche. Nel dubbio intorno allo intendimento di una claûsola estensiva, bisogna attenersi al senso più ristretto; però, allorquando si dichiari semplicemente che la vendita sia fatta *con garanzia*, bisogna intendersi con ciò della garanzia di fatto, la quale si reputa stabilita al primo grado.

Se il credito o le sue garanzie perissero per il fatto del cessionario o solo per sua trascuratezza, non sarà più dovuta la garanzia di fatto, sia di primo che di secondo grado. Pothier, nel suo *Trattato delle Obbligazioni* (la cui dottrina è stata riprodotta da uno scrittore moderno), insegna il contrario nel caso di semplice trascuratezza, fondandosi sopra antiche leggi romane: ma è questo un errore tanto più manifesto, in quanto che le disposizioni di quelle leggi furono innovate dipoi da altre leggi romane : per altro il medesimo Pothier nel *Trattato della Vendita* disdice quello errore, che è stato ben a ragione condannato da tutti gli altri scrittori. — La garanzia del terzo grado cessa pure pel fatto del cessionario; ma si dovrà dire il medesimo della sua negligenza? Un altro scrittore risponde del no; ma noi crediamo piuttosto doversi distinguere: Se il cedente vendendo il credito, se ne ha conservati i titoli, allora potrà ammettersi quella soluzione assoluta; ma se ha consegnato i suoi titoli al cessionario, ha inteso naturalmente affidare a costui la cura di prendere utili provvedimenti, sicchè dovrà egli risentire le conseguenze dell'inadempimento (art. 1693 (1539), II e III).

§ 2. — *Della vendita di una eredità.*

LXXVI. — La vendita di una eredità (o meglio vendita dei dritti ereditarî) importa la cessione di un dritto, di un *nomen juris*, di una cosa incorporale. Essa può farsi in sei modi : 1° vendita di un dritto (certo) che il cedente vanta sopra una eredità; 2° vendita di una semplice pretensione alla eredità, come tale ceduta; 3° vendita di un dritto (dichiarato certo), indicando la consistenza o il valore della eredità; 4° 5° e 6° vendita (in ciascuna delle tre singole circostanze ora indicate) delle sole attività della eredità, restando a peso del venditore le passività. — Il Codice parla solo della prima di queste sei ipotesi; ma le regole stabilite per questo caso, ravvicinate coi principî generali, fanno vedere chiaro quali debbano seguirsi negli altri casi.

Colui il quale vende (assolutamente, senza alcuna riserva o restrizione) i suoi dritti ereditarî attivi e passivi, non deve garentire che la esistenza del suo titolo di erede e i suoi fatti personali (tranne che si sia stabilita una garanzia più estesa. La garanzia comprende queste quattro cose: 1° la promessa che l'eredità indicata sia presente aperta; 2° che il venditore vi sia chiamato o per lo intero o per la parte che dichiara; 3° che egli non abbia rinunziato, non sia stato dichiarato indegno, o escluso in tutto o in parte a causa di un legato universale; 4° infine che egli non abbia fatto cosa da cui il dritto trasmesso potrebbe soffrire scemamento o danno.

Il venditore in caso di evizione dovrà restituire; il prezzo; le spese del contratto; le spese di liti, se ne siano fatte; infine i danni-interessi se vi sia luogo.

Noi diciamo in generale doversi restituire il *prezzo*, senza distinguere se la evizione succedeva per la non esistenza della eredità o solo per appartenere questa ad un altro. Alcuni scrittori, applicando i principî del dritto romano, dicono doversi nel secondo caso non il prezzo della vendita ma il valore della eredità (che potrebbe

molto differire dal prezzo, specialmente se la evizione succeda molto tempo dopo la vendita) ; ma questa distinzione è inammessibile, nè può applicarsi la regola del dritto romano, poichè il Codice ha mutato gli antichi principî intorno alla vendita della cosa altrui, e mentre in Roma era valida la vendita della eredità che non appartenesse al venditore, sotto il Codice oggi è nulla al pari che la vendita di una eredita non esistente (articolo 1696 (1542), I e II).

LXXVII.— Siccome il venditore, che non trasmette il suo titolo di erede (il che sarebbe impossibile) , trasmette però tutti i dritti pecuniarî attivi e passivi annessi al suo titolo , il compratore adunque raccoglierà (eccetto una riserva espressa o tacita su tal riguardo) tutto che componga la eredità , del pari che dovrà sostenere tutti i debiti e pesi (salvo una riserva).

Checchè ne dica uno scrittore, il compratore avrà dritto pure al valore delle cose ereditarie donate dall'erede. Invano si dice che l'erede non ritrae alcun vantaggio dall'alienazione, poichè, preterendo anche dal vantaggio morale e pecuniario che va annesso al titolo di donante, la quistione sarebbe ben'altra: diciamo in breve; le cose donate fan parte delle attività ereditarie , e le attività appartengono al compratore. Certamente in tal caso si dovrebbe ben di leggieri riconoscere una tacita riserba; ma bisogna che questa esista. Parimente se lo erede prima della apertura della eredità fosse stato debitore del defunto o gravato sopra uno dei suoi immobili di una servitù in vantaggio di un fondo di costui , il debito o la servitù rinasceranno in vantaggio del compratore.

Questi anche, secondo il principio stabilito, si avvantaggerà della porzione di eredità che verrebbe ad accrescersi a quella del venditore. E ciò è ben manifesto, non ostante le lunghe controversie degli antichi dottori, poichè lo accrescimento altro non è che una parte del dritto ereditario , il suo svolgimento. Però se lo erede in fatto abbia venduto la sola parte di cui era o si credeva in possesso al tempo della vendita, riserbandosi lo evento di qualche sopravvenienza, questa apparterrà a lui; ma non potrebbe appartenergli se la vendita si sia fatta senza la restrizione , o riserva.

Una sola specie di cose devonsi riputare per loro medesima natura come escluse dalla vendita , salvo una indicazione contraria ; come quelle cose che offrono un grande valore morale per lo erede e nessuno pecuniario pel compratore : per esempio le carte di famiglia, le lettere di nobiltà, ec.

All' incontro deve anche il compratore sostenere tutte le passività. Egli quindi deve rimborsare lo erede delle spese funebri , dei dritti di mutazione, e di tutti gli altri pesi ereditarî che questi abbia soddisfatto : inoltre rinasceranno in favore dello erede i crediti o le servitù che egli vantava sopra i beni del defunto , e che eransi estinti. Ma dovrà anche il compratore rendere indenne il venditore delle somme, che questi abbia indebitamente pagato , credendole dovute dalla eredità? Ma no certo ; e bene a ragione infatti la contraria dottrina adottata da uno scrittore è stata rigettata dagli altri tutti. Non v'ha dubbio che lo erede non è tenuto delle colpe di amministrazione che egli ha potuto commettere allorchè era padrone dei suoi beni (egli non dovrebbe rispondere che delle sue frodi) ; ma sarebbe veramente strano che l'erede, traendo partito dalle sue colpe, possa dimandare danni-interessi al compratore (art. 1696 (1542), III e IV).

LXXVIII. — Resta a fare tre importanti osservazioni :

1° La vendita di una eredità libera lo erede dall' obbligo di pagare i debiti solo per rispetto alle parti contraenti ; i creditori ereditarî son liberi di rivolgersi contro di lui come prima della vendita. Essi possono anche rivolgersi contro il compratore, ma semplicemente *jure debitoris*, in nome dello erede, ed esercitando l'azione a costui conferita dal contratto. — I debitori ereditarî debbono rispondere direttamente in faccia al compratore, se la cessione sia stata denunziata o accettata.

2° L'erede, il quale prima di accettare una eredità, la vende senza nulla indicare, fa con ciò stesso un atto che importa contro di lui e del suo acquirente le conseguenze d'una accettazione pura e semplice; però le parti son libere di dichiarare nel contratto che si riservano di usare del beneficio dell'inventario. Ma se lo erede prima della vendita avesse già dichiarato di accettare col beneficio, egli lo conserverebbe sempre dopo la vendita, senza che fosse necessario (sebbene è prudente il farlo) di indicarsi espressamente.

3° Diciamo infine, non ostante la contraria dottrina di una decisione della camera dei ricorsi, non essere affatto necessario che la vendita di una eredità sia denunziata o accettata per essere valida in faccia ai terzi.

Certamente, se nella eredità vi fossero dei crediti, sarebbe necessario, perchè la proprietà di questi fosse trasferita per rispetto ai terzi, che si notifichino o accettino dai debitori; e ciò perchè l'atto forma una vendita di crediti, non mai come vendita di eredità. L'errore della decis. della cam. dei ric. (condannata dalla cam. civ. non che da tutti gli scrittori) è tanto più manifesto, poichè in tal caso *mancherebbe il debitore*, che dovrebbe accettare o a cui la denunzia dovrebbe esser fatta. Non potrebbe certamente chiamarsi debitore il coerede del venditore (poichè due coeredi o altri comproprietari d'immobili non sarebbero affatto creditore e debitore); per altro la vendita di una eredità si può fare tanto da un solo erede, che da uno di più coeredi (art. 1696 (1542), V).

LXXIX. — Gli accatta-brighe sono stati sempre riguardati di malocchio; e il Codice riproduce un principio ammesso in Roma e nel nostro antico dritto, allorchè permette a colui contro cui fu da altri ceduto un dritto litigioso di farsi liberare dal cessionario rimborsandogli il prezzo reale della cessione insieme colle spese, e gli interessi.

Il Codice, consacrando l'antica giurisprudenza del parlamente di Parigi, e ad evitare, in una disposizione con cui vuol dar bando alle liti, una valutazione che importerebbe in se stessa una quistione, ha determinato il carattare dei dritti dal fatto materiale, e stabilisce che essi debbano o pur no dichiararsi litigiosi, secondo che formino o pur no l'oggetto di una lite al tempo della vendita. È necessario inoltre che la lite versi sul merito del dritto.

E in prima bisogna che vi sia lite; non basterebbe quindi una citazione in conciliazione, col quale atto si vuole più sto impedire la lite, nè un processo verbale di non-conciliazione, poichè allora la lite sarebbe a temersi ma non esisterebbe. Inoltre si riputerà legalmente non esservi lite, se la eccezione di cosa giudicata opposta dal convenuto fosse ammessa, poichè in tal modo verrebbe decisa la impossibilità della lite.

Per l'incontro si dovrà ritenere esservi litigio, non solo quando la quistione diffinitiva in prima istanza sia riconosciuta in appello, ma anche quando le parti abbiano intentato ricorso in Corte suprema, poichè sebbene, in caso di cassazione, la nuova decisione non sarà profferita da questa Corte, ma da un tribunale a cui essa rinvierà, ciò nondimeno bisogna riconoscere che le cose siano di presente in quistione, e che quindi vi sia lite.

Inoltre è necessario che la lite versi sul fondo del dritto, cioè che si metta in quistione l'esistenza di esso dritto. Così se il convenuto sostenga essersi prescritto il diritto, o non essersi nemmeno formato, stante l'inadempimento di una tale formalità, sebbene la quistione versi intorno alla prescrizione, e riguardi anzi le forme che *il merito*, ciò nondimeno la lite verserà sempre sul merito del dritto, poichè la quistione riguarda la sua esistenza. Per l'incontro se si opponesse una semplice nullità di citazione all'azione intentata un giorno prima dal decorrimento del termine per la prescrizione, la circostanza di fatto che la nullità della citazione importerebbe la estinzione del dritto, non impedisce affatto che la lite non riguardi il merito del dritto, poichè la quistione non versa sulla esistenza di esso dritto, ma solo sulla validità della

presente istanza (art. 1699 (1545), I).

LXXX. — Colui il quale vuole operare il retratto, deve pagare al cessionario il prezzo reale della cessione, gl'interessi del prezzo, le spese legittime del contratto, e le spese fatte nella istanza fino alla domanda per il retratto. La legge dice essere dovuto il prezzo reale; di conseguenza, se il debitore provasse che il prezzo apparente sia falso, e che infatti si sia pagata una somma minore, egli non dovrà rimborsare altro che questa. Sovra questa egli dovrà anche gl' interessi, e i dritti di mutazione che debbonsi restituire dovranno calcolarsi anche su quella somma. Gli è vero che in tal caso il compratore potrebbe soffrire una notevole perdita; ma ciò è ben giusto e legale, poichè quelle non sono state spese *legittime*, e giustizia esige che chi ha voluto combinare una frode paghi caro il fio della sua colpa, e che quindi le somme pagate per trarre nel laccio il creditore ceduto, ritornino in danno del compratore. — Nel caso di permuta si dovrà rimborsare il valore della cosa consegnata dal compratore secondo l'estimo.

La regola del retratto si applica tanto pei dritti immobiliari che per quelli mobiliari, vendasi o pure si permuti il tale diritto o *la tal cosa* su cui versa il dritto. Questa regola si è sempre applicata per qualunque cessione di azioni e *cose* litigiose; ed il Codice, aggiungendo alla parola *dritti* la parola *cose*, mostra chiaramente che intende parlare della cessione di qualunque azione o lite; il che oramai è riconosciuto dagli scrittori e dalle decisioni, dopo qualche esitanza. La regola non si applicherà nel solo caso in cui il dritto litigioso si acquistasse per donazione. I magistrati dovrebbero vedere in tal caso se nella pretesa donazione si celasse una vendita, e se gli oneri che diconsi imposti a causa della liberalità siano realmente il prezzo di una vendita consentita a vil prezzo, come spesso avviene in questa materia.

Il retratto può esercitarsi finchè vi sia lite, poichè questa finita, il dritto non sarà più litigioso. Questo è il principio; ma siccome la frode fa venir meno tutti i principî, si è perciò ammesso, ed a ragione, che il retratto non debba accordarsi, sebbene la decisione non sia stata ancora profferita, se il debitore, intentati tutti i mezzi di difesa, lo dimandasse ora per evitare una certa condanna; e che debba per lo incontro accordarsi, sebbene la lite fosse già diffinita, se il cessionario avesse occultato la cessione, dandosi a credere come semplice mandatario del cedente (art. 1699 (1545), II).

LXXXI. — La facoltà del retratto cessa in tre casi: 1° Quando il cedente e il cessionario sono due comproprietarî del dritto ceduto: uno scrittore ha creduto non necessario che il cedente fosse comproprietario del dritto ceduto, poichè il testo del Codice lo richiede solo per il cessionario; ma oltrechè sorge abbastanza dallo spirito della legge e dalla tradizione, risulta anche dal testo medesimo, poichè un dritto comune a molti, non può esser ceduto che da uno dei socî, di guisa che la legge, richiedendo questa qualità nel cessionario, intende necessariamente che le due parti debbano essere comproprietarie; 2° Quando la cessione è fatta ad un creditore dal suo debitore per pagamento di ciò che gli è dovuto; 3° Infine, quando è fatta al possessore del fondo soggetto al dritto litigioso.

Allorquando si ceda un dritto litigioso come semplice accessorio dell'oggetto d'una vendita, per esempio, un dritto litigioso che fa parte della eredità che io vi vendo, in tal caso non potrà nemmeno applicarsi la regola. Bisogna dire, secondo lo spirito della nostra disposizione, che l'accessorio si perde nel principale, e che si vende *la eredità* non il dritto litigioso. Questo caso non presenta una vendita di dritti litigiosi; sicchè non può andar compreso nella regola, nè quindi abbisogna di esserne eccettuato.

TITOLO VII.

Della permuta.

(Decretato il 7 marzo 1804. — Promulgato il 17).

1702 (1548). — La permuta è un contratto col quale le parti si dànno rispettivamente una cosa per un'altra.

1703 (1549). — La permuta si effettua col solo consenso, come la vendita.

SOMMARIO.

I. Definizione della permuta. Errore della maggior parte degli scrittori, e confutazione della censura fatta al Codice.

II. Carattere distintivo della permuta e della vendita. Censura delle varie dottrine di Championnière, Troplong ed altri.

III. La permuta è soggetta alla regola dell'articolo 1341 (1295 M): grave errore di una decisione della camera dei ricorsi.

IV. Natura dell' azione che tende allo scioglimento d'una permuta d' immobili. Competenza.

I. — La vendita e la permuta sono due contratti che si rassomigliano intimamente; in questa si scorge il principio e il modello della vendita, in quella la permuta è più semplice e più perfetta.

Stabilite completamente le regole di uno di questi contratti, poco resterebbe a dirsi dell' altro; e poichè il legislatore, avuto riguardo più all'importanza pratica che all'ordine storico in cui essi si son prodotti, espose prima le regole della vendita, pochi articoli quindi sono stati sufficienti per la permuta.

Il Codice, e con esso Troplong, definiscono la permuta un contratto col quale le parti *si dànno* una cosa per un' altra. Cotesta definizione secondo noi è esattissima, non ostante l' opposizione di quasi tutti gli scrittori, i quali per l'incontro pretendono sostituirvene un' altra, falsa ed incoerente. Infatti Rolland de Villargues, Delaporte, Delvincourt, Duranton e Zachariae pretendono che si dovrebbe, sostituire (secondo alcuni), o almeno aggiungere (secondo altri) alla parola *si dànno,* o un'altra equivalente, o l'idea di una semplice *obbligazione* di dare. Così gli uni definiscono la permuta: il contratto col quale le parti si dànno *o si obbligano di dare* una cosa per un'altra; e gli altri, rigettando come inesatte le parole *si dànno*, vogliono che si dica semplicemente: *si obbligano di dare.* Ed ecco il motivo di siffatte novità: in Roma, essi dicono, la permuta era un contratto reale che si formava colla tradizione della cosa; presso noi al contrario esso è un contratto consensuale e che si forma innanzi la consegna colla sola volontà delle parti (art. 1703 (1549)).

Per vero il principio non può esser più esatto, ma la illazione è assolutamente falsa, perchè qui non entra affatto l'idea di semplice obbligazione.

Non v'ha dubbio, in Roma il contratto era reale, e presso noi consensuale: ma da ciò altro non sorge che in Roma le parti potevano *darsi* la cosa, cioè *trasferirsene la proprietà*, DARE, colla tradizione materiale, mentre che sotto il nostro Codice basta la convenzione, il solo accordo delle volontà. Si è mutato il principio, ma la conseguenza è rimasta sempre la stessa: allora era necessaria la tradizione per operarsi il trasferimento della proprietà: oggi no: ma è sempre il trasferimento che costituisce la permuta, diguisachè tanto in Roma che da noi la permuta è un contratto con cui le parti *si dànno*, cioè si trasf-

scono in proprietà una cosa per un'altra. — Or dopo ciò si vede chiaro che la denizione che si volea proporre dai nostri nque scrittori, è inesatta; poichè il conatto in cui vi è soltanto *obbligazione* di asferire una cosa per un'altra, non sarebbe più una permuta, ma una semplice romessa di permuta, come nemmeno sarebbe vendita il contratto con cui uno si obligasse di trasferire la cosa per una determinata somma. La permuta, come la endita, è una *datio*, un trasferimento attuale della proprietà; la *obligatio dandi* on ha più luogo oggi. In Roma non si mmetteva se prima non si fosse consegnata una cosa (poichè la semplice obbligazione di permuta era un patto che non roduceva obbligazione); dopo che una parte avea consegnato la sua cosa, l'altra ra obbligata a consegnar la sua: secondo a formola *do ut des*, la *datio* operata da Pietro facea nascere in Paolo l'obbligazione *landi*; ma oggi che la *datio* o il trasferimento della proprietà si opera col solo onsenso (articolo 1138 e 1703 (1093 e 549)), non v'ha più obbligazione *dandi*, è nella permuta nè nella vendita, poichè due trasferimenti si reputano adempiuti l medesimo tempo, sia che le due cose i rilascino realmente, o una sola, o nessuna delle due (art. 1583 (T), n. II). Or otesta obbligazione esisterebbe oggi ceramente in una semplice promessa di pernuta, ma non nella permuta, sicchè la deinizione immaginata da quei cinque scrittori sarebbe inesatta quanto mai (1).

II. — La permuta dunque consiste nel lare una cosa *per un'altra*, mentre la venlita si fa con dare una cosa *per un prezzo leterminato*. Però due gravi difficoltà si offrono nell'applicazione di questa distinzione.

Championnière e Rigaud, fondandosi sugli scritti degli antichi feudisti, dicono esservi vendita in tutte le alienazioni di immobili *per mobili*; e per l'incontro Troplong (*Permuta*, n. 4), riproducendo la dottrina di Duvergier e di Zachariae da noi sopra indicata (art. 1592 (1437), I), dice esservi vendita nella sola alienazione fatta *per danaro contanti*. Secondo noi, l'una e l'altra idea è inesatta. — Da una parte, gli antichi feudisti non dicevano esser vendita l'alienazione d'immobili per mobili, ma solo che questa alienazione dovea riputarsi come vendita in quanto ai dritti di censi e vendite che doveansi ai signori. « I dritti feudali, dice Legrand, son dovuti allorquando si *permutino* dei poderi per frumenti, vini, drappi, tele, ec., *quantunque con ciò non si faccia* una *compra vendita*, ma *una permuta* ». Formaur similmente dice: « La *permuta* di un immobile per un mobile *non può avere* il *carattere di una vendita*; ma *per quanto concerne il pagamento* dei *laudemi*, il contratto *si reputa come una vendita.* » Dumoulin aveva detto del pari che vi ha in questo caso luogo ai laudemi, come in una vera vendita, *sicut in vera venditione* (2).

Così i medesimi scrittori dei feudi riconoscevano che quella era una permuta; nè tal dottrina è contraddetta dal Codice, dichiarando che vi sia permuta o vendita, secondochè la cosa sia alienata per altra cosa in ispecie o per un danaro contante.

— Ma se egli è certo che debba stabilirsi un prezzo determinato perchè vi sia vendita, gli è parimente certo che questa idea non debba intendersi in un senso troppo rigoroso; avvegnachè sarebbe una esagerazione e quindi un errore, il dire con Duvergier, Zachariae e Troplong, che il prezzo debba consistere *in danaro effettivo*. Una verga d'oro non è certamente una moneta, ma dell'oro in natura, che spesso va noverato fra le mercanzie; e pure lo si riceve alle volte come somma determinata, come moneta che costituisca un vero prezzo di vendita. Nè tampoco i biglietti di banca sono moneta, ma dei titoli di crediti so-

(1) Mourlon riproduce questa falsa definizione li Delvincourt, di Duranton e degli altri, censurando pure quella del Codice, che qualifica come *storta*.

(2) Dumoulin (sopra *Parigi*, § 78, n. 8), Fonmaur (*Laudemio* e *Vendite*, num. 327), Legrand (*Sopra Troyes*, art. 55, n. 22).

pra uno stabilimento; forse per questo non è in uso il darli e riceverli come contanti? Così anche, una rendita, perpetua o vitalizia, non può chiamarsi nè danaro, nè argento in natura, ma è un dritto, un credito contro un terzo, che spesso è noverata fra le cose che possono vendersi; e pure quando io acquisto il vostro podere, la vostra casa o i vostri mobili mediante una rendita, non è egli manifesto, e riconosciuto per altro dai tre scrittori a cui noi rispondiamo, essere questa una vendita il cui prezzo consiste nella rendita, e che quindi vi sia luogo a rescissione, se il valore della rendita sia minore dei cinque dodicesimi dello immobile alienato? Il medesimo avverrà anche, secondo i casi, delle derrate, delle azioni della banca. ec., come insegna pure Duranton (XVI-119). Pertanto, nel dire che il prezzo di vendita deve consistere in una somma di danaro, bisogna aggiungere: o in cose che si soglion pareggiare ad una somma di danaro secondo l'uso o l'intenzione delle parti.

La seconda quistione riguarda il caso in cui si alieni una cosa per un'altra in natura e per una somma determinata: dovrà forse in tal caso qualificarsi il contratto come una permuta semplicemente, o come permuta e vendita al tempo istesso? Alcune Consuetudini, fra cui quella di Normandia (art. 464), dicevano esser vendita qualunque contratto in cui si pagasse una somma determinata, sebbene tenuissima. La maggior parte però distinguevano se la vincesse il prezzo sulla cosa o questa su quello, ed ammettevano nel secondo caso che il contratto restava per l'intero una permuta, di cui la somma pagata era un accessorio, un dippiù; al contrario, nel primo caso. cioè quando il prezzo la vincesse sulla cosa, alcune, specialmente quella di Parigi (art. 145), scorgevano nel contratto un misto di permuta e di vendita, mentre che altre, massime quella d'Orlèans (art. 384), dicevano esservi vendita per lo intero. Quest' ultimo sistema era adottato da Pothier (*Retr.*, n. 92), e generalmente ammesso dagli interpreti del Codice (1). Ciò non ostante noi non sapremmo adottare cotesta dottrina nei termini in cui si presenta; e noi crediamo che vi sia scambio d'idee, poichè gli scrittori ci porgono come principale una idea che dovrebbe esser secondaria.

La quistione di cui trattasi, sarebbe secondo noi al postutto una semplice quistione d'intenzione; si dovrà quindi indagare ciò che intesero fare le parti, per dirsi che vi sia permuta o vendita, o l'una e l'altra. In altri termini, si dovrà ricercare secondo il tenore dell'atto e secondo le circostanze prese insieme qual sia stato il pensiero dei contraenti; di guisa che il valore relativo della somma pagata e della cosa che vi si accompagna non sarà l'unico o il mezzo principale della soluzione, ma una delle circostanze che devono *consultarsi*. Così, allorquando io, spinto da un *estremo* bisogno di danaro, e non trovandone, accetto l'offerta fattami da un ebreo di acquistare la mia casa di 24,000 fr. per 5,000 fr. di mercanzie diverse, e 4,000 in danaro, si vede chiaro che si avrebbero diversi risultamenti secondo che si applichi la nostra dottrina o la contraria. Nel sistema di Pothier, Troplong e degli altri si dovrebbe dire che l'atto sia una permuta per l'intero, e non possa quindi impugnarsi per lesione, perchè le cose date in natura la vincevano sulla somma aggiuntavi; al contrario nel nostro sistema si dirà che l'atto sia una vendita, e che quindi possa rescindersi per lesione, poichè *sorge chiaro* da tutti i fatti della specie che io ho inteso unicamente procurarmi il danaro.

E perchè infatti mi si dovrebbe negare il dritto alla rescissione? Il legislatore divieta di far rescindere la permuta per lesione enorme, mentre lo permette nella vendita d'immobili, perchè in quella io non cerco altro che una semplice convenienza, e in questa danaro: perchè la vendita può esser fatta a cagion di miseria e non mai la permuta, per cui sarebbe iniquo per-

(1) Duranton (XVI-547); Troplong (nn. 5 e 6); Duvergier (n. 406).

mettere che altri si avvantaggi delle mie strettezze. Or la lesione enorme sarebbe sempre la medesima, e quindi dovrà essere riguardata col medesimo favore nel caso nostro, come se lo Ebreo mi avesse pagato i 9,000 fr. in tanti scudi?...

Un'ultima quistione, risoluta diversamente da Pothier (*Vendita*, n. 618) e da Troplong (*Permuta*, n. 9), ci sembra facilissima. Essa consiste nel conoscere qual sia la natura del contratto con cui io vi cedo il tale immobile per un prezzo di...., consentendo a ricevere il tal altro immobile in pagamento del prezzo. Pothier dice esser quello una vendita seguita da un contratto di dazione in pagamento; e per l'incontro Troplong lo crede una permuta, in cui la indicazione della somma è stata messa come lo apprezzo dell'immobile. Che monta infatti che la vendita e la clausola della dazione in pagamento siano separate da un periodo di tempo più o meno lungo, o che la seconda segua immediatamente la prima? In ambi i casi, io vi cedo l'immobile A per il tal prezzo, il che importa senz'altro una vendita: poi consento a ricevere l'immobile B invece del prezzo, il che importa una dazione in pagamento: Nell'un caso e nell'altro si confessa due volte non esservi permuta, poichè si dichiara in prima che l'immobile A è ceduto per un prezzo di... (e non per l'immobile B), e quindi che l'immobile B si dà *in pagamento* di esso prezzo (e non in permuta dello immobile A): la seconda frase non contraddice ma conferma la prima; la pretesa oscurità che vede Troplong è all'opposto una luce perfetta; e si snaturerebbe l'atto sotto pretesto di interpretarlo, se si volessero trasformare le due clausole in una sola, affatto differente: « Io vi dò il mio immobile A, che val tanto, in permuta del vostro immobile B ».

III. — Come abbiam detto, sotto il Codice la permuta è un contratto puramente consensuale, che si forma senza bisogno di tradizione dell'una delle due cose, nè di scrittura; ma da ciò non segue che la scrittura non sia necessaria per la prova. Nessun testo richiede la scrittura per l'esistenza del contratto; ma l'art. 1341 (1295) (la vuole per la pruova della permuta e di qualunque altro contratto, quando la somma sia maggiore di 150 fr. La permuta allora non potrebbe provarsi per testimoni o con semplici presunzioni, giusta gli articoli 1347 e 1353 (1301 e 1307), se non vi sia un principio di prova per iscritto; nè sappiam comprendere come una decisione della camera dei ricorsi abbia potuto contraffare ad un principio tanto ineluttabile (1).

IV. — L'azione che tende a fare eseguire una permuta d'immobili è mista, poichè da un canto partecipa dell'azione personale, in quanto è diretta allo adempimento di una convenzione formata fra le parti, e dall'altro partecipa pure dell'azione reale, in quanto mira alla immessione in possesso dell'immobile permutato. Una tale azione adunque può sperimentarsi sia innanzi il tribunale del domicilio del convenuto, che innanzi quello ove l'immobile è sito, a scelta dell'attore (art. 59 (151), Cod. di proc.) (2).

1704 (1550). — Se uno de' permutanti abbia già ricevuto la cosa datagli in cambio, e provi in seguito che l'altro contraente non è proprietario di quella, non può esser costretto a consegnar la cosa che egli ha promessa in contraccambio, ma solamente a restituir quella che ha ricevuta.

1705 (1551). — Il permutante che ha sofferto l'evizione della cosa ricevuta in cambio, può a suo arbitrio domandare o il risarcimento dei danni e degli interessi, o la restituzione della sua cosa.

(1) Rig., 21 genn. 1834 (Dev., 34, 1, 297; Dall., 4, 1, 8). — *Vedi* intanto una decisione di Cass. del 27 giugno 1853 (Dev., 54, 1, 77).

(2) Orléans, 24 febb. 1834 (J. P., 1854, t. II, p. 49). — *Vedi* nel medesimo senso, Cass., 2 febb. 1809 e 31 maggio 1839; Amiens, 13 genn. 1848; Colmar, 10 febb. 1848; Lione, 31 agosto 1849 (J. P., 1849, t. II, pag. 361; 1850, t. I, p. 86).

2° Per la medesima ragione, le spese dell'atto non saranno a carico del solo compratore (art. **1593** (**1538 M**), ma dovranno pagarsi ugualmente dai due permutanti.

3° Infine, noi opiniamo non potersi applicare alla permuta la regola stabilita nell'artic. **1619** (**1465**) per l'eccedenza o il manco della estensione, e che per l'incontro debba valutarsi in fatto l'intenzione delle parti. Nella vendita concorre questa doppia circostanza, che uno degli oggetti (il prezzo) può diventar sempre maggiore o minore a piacere, e che in generale le parti intendono ricevere e pagare il giusto valore della cosa. Per contrario nella permuta, le due cose restano sempre le medesime; i permutanti si determinano a formare il contratto secondo la loro convenienza. La legge adunque giustamente, presumendo il pensiero dei contraenti ha imposto nella vendita un supplimento o scemamento di prezzo, se la estensione della cosa dichiarata nel contratto risultasse un ventesimo di meno del valore; ma non per questo si deve dire che anche nella permuta possa sempre e necessariamente ripetersi il dippiù, se esista la differenza del ventesimo. Certo in alcuni casi potrebbe ammettersi l'obbligazione di pagare un dippiù (salvo il dritto allo scioglimento del contratto); ma non può dirsi affatto che debba sempre e necessariamente ammettersi, nè che possa applicarsi la regola assoluta dell'articolo **1619** (**1465**). Sarebbe questa una quistione di fatto, d'intenzione, che dovrebbe decidersi secondo le circostanze. Così infatti è detto dagli scrittori e da una decisione che han giudicato la quistione; ed il medesimo Troplong, che dapprima contraddice questa soluzione, par che in fine l'adotti, poichè dice che in tali quistioni devesi *tener conto delle circostanze di fatto e della intenzione delle parti* (1).

Del resto ciò che abbiam detto non potrebbe applicarsi nella permuta se non quando la differenza sia maggiore d'un ventesimo, poichè nella stessa vendita, ove è più severa la regola e più rigorosamente richiesta l'uguaglianza dei valori, l'art. **1619** (1465) non dà effetto alla differenza se non sia almeno di un ventesimo (riguardando qualunque differenza minore come compresa nella facoltà che si presume essersi riservata dalle parti). Pertanto non può ammettersi nella permuta la regola dell'articolo **1617** (**1463 M**), che dà effetto alla mancanza minore di un ventesimo, la quale regola riguarda esclusivamente il caso di una vendita fatta *a tanto la misura*, che non ha alcuna analogia colla permuta.

SUNTO DEL TITOLO SETTIMO

DELLA PERMUTA.

I. — La permuta (che non è più un contratto *reale*, come in Roma, ma che si perfeziona col solo consenso e senza bisogno di tradizione) è un contratto con cui due parti si trasferiscono in proprietà una cosa per un'altra.

La convenzione con cui le parti, anzichè trasferirsi immediatamente la proprietà, si *obbligano* semplicemente di trasferirla (sebbene molti scrittori, per uno strano errore, propongono di modificare in questo senso la definizione esattissima del Codice), non sarà una permuta, ma una semplice promessa di permuta (art. **1702** (1548, I).

II. — Abbiamo già detto che se una cosa si alieni per una somma determinata o per cose che si pareggiano al danaro, e non per un'altra cosa presa in natura e considerata come tale, il contratto non sarà una permuta ma una vendita. Ma che sarà il contratto, quando si alieni una cosa per un'altra in natura e insieme per danaro?

(1) R. de Villargues (num. 24); Duvergier (numero 462); Troplong (n. 34); — Colmar, 1 maggio 1807.

scono nondimeno che esso sia erroneo, come insegnano tutti gli scrittori (1).

E siccome nell'art. 1704 (1550) devesi aggiungere al dritto di conservare la cosa non consegnata, quello di ripeterla, ove siasi già consegnata, così anche nell'articolo 1705 (1551) devesi aggiungere al diritto del permutante evitto di ripetere la cosa consegnata, quello, meno ancora dubbioso, di negarsi al rilascio della cosa non consegnata (2).

In breve, la permuta deve trasferire la proprietà dall'una parte e dall'altra; ciascun permutante deve innanzi tutto trasmettere il *dominium*, sicchè l'una parte può invocare la nullità del contratto, se l'altra non sia proprietaria, per applicazione degli art. 1184 (1137), sia che le due cose fossero state già consegnate, o una sola di esse, o nessuna.

II. — Siccome quando uno dei permutanti non è proprietario della cosa da lui consegnata o promessa, l'altro resta proprietario della sua, e può, se l'abbia già consegnata, ripeterla, facendo dichiarare non avvenuto il contratto, così anche egli potrà, trattandosi d'immobili, rivendicar la cosa sua nelle mani dei sottoacquirenti a cui il contraente avrebbe potuto trasmetterli, giacchè nessun testo osta a tal conseguenza. Ciò è negato da Delvincourt, Favard e R. de Villargues, fondandosi sopra una disposizione speciale del dritto romano; ma la loro dottrina non può ammettersi. Pretendendo anche le conseguenze che derivano dalla natura speciale del contratto di permuta, e l'argomento inoppugnabile degli art. 1702, 1707 e 1599 (1548, 1553 e 1444), non sarebbe più luogo a dubitare se si ponga mente al principio generale dell'art. 1184 (1137), il quale riconosce in tutti i contratti sinallagmatici una condizione risolutiva che può opporsi ai terzi non che alle parti: in Roma questa condizione risolutiva doveva essere formalmente stipulata; ma sotto il Codice esiste tacitamente e di pieno dritto in tutte le convenzioni, compresa la permuta.

A ragione dunque la dottrina e la giurisprudenza sonosi stabilite nel senso di una nullità efficace contro i terzi (3).

1706 (1552).—La rescissione per causa di lesione non ha luogo nel contratto di permuta.

I. — In generale, le regole che la legge ha sanzionato per la vendita si applicano pure alla permuta; ed è perciò che questo titolo è brevissimo. Nondimeno sonvi varie differenze tra i due contratti, ed è falso il dire col nostro articolo che, tranne la rescissione per causa di lesione, *tutte le altre regole* siano le medesime nei due casi: la non rescindibilità della permuta (di cui noi abbiamo indicato il motivo nel n. II dell'art. 1702 (1548)) è a dir vero la principale differenza, ma non la sola, poichè se ne contano altre tre.

1707 (1553).—Tutte le altre regole stabilite pel contratto di vendita si applicano anche alla permuta.

1° L'art. 1602 (1448) vuole che nella vendita i patti oscuri debbonsi interpretare contro il venditore; ma nella permuta tutti e due i contraenti sono venditori, e quindi hanno le medesime parti; sicchè debbono esser trattati ugualmente, e in conseguenza ogni clausola oscura dovrà interpretarsi contro quello dei contraenti che cede la cosa a cui si riferisce la clausola (4).

(1) Favard (n. 2); R. de Villargues (n. 28); Duranton (XVI-544); Duvergier (n. 413); Troplong (n. 23); Devilleneuve e Carette (5, 1, 121).

(2) È stato anche giudicato, che sebbene il permutante avesse venduto l'immobile ricevuto in permuta, ciononondimeno egli potrebbe domandare lo scioglimento per causa di evizione, se lo immobile sia stato pignorato e venduto nelle mani del suo compratore dai creditori del suo compermutante. Grenoble, 4 marzo 1847 (Dev., 1818, 2, 718).

(3) Merlin (*Rep.*, alla parola *Permuta*, n. 2); Duranton (XVI-546); Coulon (Quist., I, p. 484); Duvergier (n. 417); Troplong (n. 25); Zachariae (II, p. 577); Aix, 25 maggio 1813; Grenoble, 18 luglio 1834; Lione, 12 genn. 1839; Nîmes, 19 febb. 1839; Bordeaux, 12 giugno 1846 (Dev., 35, 2, 75; 39, 9, 293 e 435; 47, 2, 30). — *Vedi* intanto Tolosa, 13 apr. 1829 (Dev., 29, 2, 81).

(4) Troplong (n. 41);—Pau, 14 maggio 1830) Dev., 31, 2, 284).

2° Per la medesima ragione, le spese dell'atto non saranno a carico del solo compratore (art. 1593 (1538 M), ma dovranno pagarsi ugualmente dai due permutanti.

3° Infine, noi opiniamo non potersi applicare alla permuta la regola stabilita nell'artic. 1619 (1465) per l'eccedenza o il manco della estensione, e che per l'incontro debba valutarsi in fatto l'intenzione delle parti. Nella vendita concorre questa doppia circostanza, che uno degli oggetti (il prezzo) può diventar sempre maggiore o minore a piacere, e che in generale le parti intendono ricevere e pagare il giusto valore della cosa. Per contrario nella permuta, le due cose restano sempre le medesime; i permutanti si determinano a formare il contratto secondo la loro convenienza. La legge adunque giustamente, presumendo il pensiero dei contraenti ha imposto nella vendita un supplimento o scemamento di prezzo, se la estensione della cosa dichiarata nel contratto risultasse un ventesimo di meno del valore; ma non per questo si deve dire che anche nella permuta possa sempre e necessariamente ripetersi il dippiù, se esista la differenza del ventesimo. Certo in alcuni casi potrebbe ammettersi l'obbligazione di pagare un dippiù (salvo il dritto allo scioglimento del contratto); ma non può dirsi affatto che debba sempre e necessariamente ammettersi, nè che possa applicarsi la regola assoluta dell'articolo 1619 (1465). Sarebbe questa una quistione di fatto, d'intenzione, che dovrebbe decidersi secondo le circostanze. Così infatti è detto dagli scrittori e da una decisione che han giudicato la quistione; ed il medesimo Troplong, che dapprima contraddice questa soluzione, par che in fine l'adotti, poichè dice che in tali quistioni devesi *tener conto delle circostanze di fatto e della intenzione delle parti* (1).

Del resto ciò che abbiam detto non potrebbe applicarsi nella permuta se non quando la differenza sia maggiore d'un ventesimo. poichè nella stessa vendita, ove è più severa la regola e più rigorosamente richiesta l'uguaglianza dei valori, l'art. 1619 (1465) non dà effetto alla differenza se non sia almeno di un ventesimo (riguardando qualunque differenza minore come compresa nella facoltà che si presume essersi riservata dalle parti). Pertanto non può ammettersi nella permuta la regola dell'articolo 1617 (1463 M), che dà effetto alla mancanza minore di un ventesimo, la quale regola riguarda esclusivamente il caso di una vendita fatta *a tanto la misura*, che non ha alcuna analogia colla permuta.

SUNTO DEL TITOLO SETTIMO

DELLA PERMUTA.

I. — La permuta (che non è più un contratto *reale*, come in Roma, ma che si perfeziona col solo consenso e senza bisogno di tradizione) è un contratto con cui due parti si trasferiscono in proprietà una cosa per un'altra.

La convenzione con cui le parti, anzichè trasferirsi immediatamente la proprietà, si *obbligano* semplicemente di trasferirla (sebbene molti scrittori, per uno strano errore, propongono di modificare in questo senso la definizione esattissima del Codice) non sarà una permuta, ma una semplice promessa di permuta (art. 1702 (1548)).

II. — Abbiamo già detto che se una cosa si alieni per una somma determinata o per cose che si pareggiano al danaro, e non per un'altra cosa presa in natura e considerata come tale, il contratto non sarà una permuta ma una vendita. Ma che sarà il contratto, quando si alieni una cosa per un'altra in natura e insieme per danaro

(1) R. de Villargues (num. 24); Duvergier (numero 462); Troplong (n. 34); — Colmar, 1 maggio 1807.

Generalmente suolsi dire che vi sia vendita o permuta secondo che la somma la vinca sulla cosa o questa su quella; ma noi crediamo esser questa piuttosto una quistione d' intenzione ; che vi sarà vendita, permuta, o questa e quella, avuto riguardo a ciò che abbiano inteso fare le parti; e che quindi il valore relativo della somma e della cosa non sarà altro che una delle circostanze che devonsi consultare affin di indagare il pensiero dei contraenti. — Del resto è evidente, non ostante la censura su tal proposito fatta a Pothier da un dotto scrittore, che se le parti alienassero una cosa per una somma determinata, e poi stabilissero di darne un'altra in pagamento di quella, corra o pur no un termine fra le due stipulazioni, un tal contratto non sarebbe certamente una permuta, ma una vendita seguita da un contratto di dazione in pagamento (1702 (1548), II),

III.—Inoltre, sebbene oggi la permuta è un contratto consensuale al pari che la vendita, e non abbisogna quindi della tradizione o di una scrittura per formarsi, pure gli è manifesto che la permuta, vendita, e qualunque contratto deve provarsi in caso di litigio per mezzo di una scrittura, se ecceda i 150 fr., e che non potrebbe in tal caso ammettersi la prova puramente testimoniale, o le semplici presunzioni. Fa invero meraviglia che un principio così certo non sia stato compreso da una decisione della camera dei ricorsi (articolo 1702 (1548), III).

IV.—Siccome la permuta è un contratto che trasferisce la proprietà, quello dei contraenti il quale sarebbe evitto, o che proverebbe che l'altra parte non sia proprietaria della cosa consegnata o promessa, potrebbe far dichiarare non avvenuto il contratto, sia che le cose fossero state già consegnate, o una sola o nessuna.

E poichè in tal caso il contratto è come non avvenuto, tanto che l'attore si reputa essere rimasto proprietario della cosa sua, egli dunque avrà dritto a rivendicarla, se l' avesse già consegnata, non solo contro l'altra parte, ma anche (se non siano mobili ricevuti di buona fede) contro qualunque sotto acquirente. Invano alcuni scrittori han voluto negare quest' ultima idea : la quale è oramai certa, atteso la natura del contratto di permuta e il principio generale del nostro dritto, secondo cui i contratti sinallagmatici possono risolversi per lo inadempimento di una delle parti : a ragione dunque la dottrina e la giurisprudenza è ferma in questo senso (art. 1704 (1550), II e III).

V.--In generale debbonsi applicare per la permuta le varie regole stabilite dalla legge per il contratto di vendita, che n'è il perfezionamento; però alcune differenze esistono fra i due contratti richieste dalla medesima natura delle cose.

1° La rescissione per lesione è ammessa dal Codice in vantaggio del venditore di immobili, avuto riguardo al bisogno di danaro da cui questi è stato forse mosso, il che non è a temersi nella permuta, la quale non può impugnarsi per lesione.— 2° Nel contratto di permuta i due contraenti hanno le medesime parti; sicchè la regola secondo cui nel contratto di vendita le clausole oscure debbono interpetrarsi contro il venditore, deve modificarsi in questo senso, che debbono interpretarsi contro quella delle parti che cede la cosa a cui si riferisce la clausola. — 3° Per medesimezza di ragione, le spese dell' atto che nella vendita devonsi pagare esclusivamente dal compratore, dovranno nel contratto di permuta pagarsi ugualmente da ciascuna parte. — 4° Infine, siccome il contratto di permuta non suppone come la vendita una perfetta uguaglianza di valori, avvegnachè si faccia piuttosto per la convenienza dei permutanti, non potrà quindi applicarsi per esso contratto la regola secondo cui devesi sempre una indennità (tranne il caso di vendita fatta a tanto la misura), ogniqualvolta vi sia una differenza di un ventesimo tra la estensione dichiarata nel contratto e quella reale : sarà questa pel contratto di permuta una quistione di intenzione; i giudici del fatto giudicheranno secondo le circostanze se la differenza di un ventesimo o una anche maggiore, debba o pur no, secondo il pensiero delle parti, dar luogo ad un supplimento (articoli 1706, 1707 (1552, 1553).

TITOLO VIII.

Del contratto di locazione.

(Decretato il 7 marzo 1804. — Promulgato il 17).

CAPITOLO PRIMO.

DISPOSIZIONI GENERALI.

1708 (1554). — Vi sono due specie di contratti di locazione; quella delle cose, e quella delle opere.*

1709 (1555). — La locazione delle cose è un contratto. col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere all'altra una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga a pagare.

1710 (1556). — La locazione delle opere è un contratto, col quale una delle parti si obbliga di far qualche cosa per l'altra, mediante una mercede tra esse convenuta.

1711 (1557). — Queste due specie di locazioni si suddividono ancora in tre altre più particolari.

Si chiama ***appigionare***, la locazione delle case: — ***dare a nolo***, quella dei mobili: — ***colonia***, quella dei fondi rustici: — ***prestazione di opere***, la locazione del lavoro o del servizio: — ***soccio***, quella del bestiame, il cui frutto si divide tra il proprietario e colui al quale egli l'affida.

L'***appalto***, ***cottimo***, o ***prezzo fatto*** per l'impresa di un'opera a prezzo determinato. è altresì una specie di locazione quando colui pel quale si fa l'opera, somministra la materia.

Queste tre ultime specie hanno le loro regole particolari.

SOMMARIO.

I. Contraddizione e mancanza di metodo del Codice e dei suoi interpreti nel piano di questo titolo. Bisogna distinguere la locazione perfetta (che abbraccia le due locazioni di cose e d'opere), e la imperfetta o mista di società che comprende il soccio.

II. L'articolo 1711 (1557) è stato a torto censurato da Duranton e Duvergier: rimando.

III. In tutte le locazioni, il locante è quello che riceve il prezzo, il locatario è quello che lo paga. False dottrine dei giureconsulti romani, di Cujacio, di Pothier e di Troplong.

I. — Il Codice, e molto meno i suoi interpreti, non han fatto uso di molta logica nello esporre il disegno delle materie che debbonsi trattare in questo titolo.

Dopo aver fatta distinzione fra la *locazione delle cose e quella delle opere*, il Codice, nell'art. 1711 (1557), dice che tutte le materie del titolo comprendonsi sotto questi due generi, e presenta specialmente il *soccio* come una suddivisione di queste due

* È valida la locazione a termine incerto ed in tal caso finisce colla morte del fittuale, C. S. di Napoli, 10 giugno 1826.

L'affitto perpetuo è nullo perchè il tempo determinato è di essenza del contratto di locazione, C. S. di Napoli, 13 agosto 1846.

grandi classi. Ma in seguito, contraddicendo al sistema propostosi, anzichè parlare del soccio in uno dei due capitoli precedenti, ne fa l'oggetto di un capitolo speciale, ponendolo in una terza classe indipendente. Ciò per altro è esatto, poichè il soccio ha una natura tutta sua propria, che partecipa non solo della locazione delle cose e delle opere, ma anche del contratto di società, tanto che sarebbe stato impossibile comprenderlo logicamente in una delle due prime classi. Noi anzi crediamo che sarebbe stato più ragionevole fare due principali divisioni, una pei due contratti di locazione propriamente detti (e che formano le due branche d'una sola classe), e l'altra per il soccio; infatti siccome questo contratto è un misto del contratto di società e di quello di locazione, si sarebbe dovuto distinguere più notevolmente dai due primi contratti, i quali sono sotto gli occhi semplici locazioni. Del resto si avea l'esempio di Pothier, il quale ebbe parlato *del soccio* in un trattato separato, parlando delle due locazioni di cose e di opere nel suo trattato *della locazione*.

Gli scrittori avrebbero dovuto, anche senza seguire quest' ultimo sistema, adottare le tre divisioni del Codice; ma invece di presentare il soccio come una semplice suddivisione, avvertire al contrario l' inesattezza dei nostri articoli e la contraddizione che ne deriva. Ma niente di tutto questo; che anzi Duranton (nn. 1-5), Duvergier (n. 7), Troplong (n. 66), Demante (*Programma*, III-398 e 400), Taulier (VI, p. 201), riproducono tutti come interamente esatta e naturale la strana idea del nostro art. 1711 (1557). Demante la fa spiccare anche più che il Codice, proclamando (numero 400-4°) che il soccio è un contratto *d'una natura particolare*, *che partecipa della locazione e della società*; e avea già detto poco prima (400-1°) che le due locazioni di cose e d'opere *comprendono realmente tutta la materia*, e che il soccio, il quale, a dir suo, dà generalmente *una divisione di profitti* (*in natura*), è nondimeno *una delle specie* del genere che egli più sopra (n. 398) avea definito « un contratto con cui una parte si obbliga *mediante un prezzo determinato*; » infine Delvincourt, il quale accorgendosi della contraddizione del Codice ha cercato evitarla, cade alla sua volta in una inesattezza maggiore, poichè, invece di censurare il nostro art. 1711 (1557) per adottare tre divisioni o anche due, la seconda delle quali avrebbe dovuto consacrare al soccio, egli divide in due parti la materia, consacrando l'una alla locazione delle opere, prendendo il soccio come una semplice varietà della prima?

Affin di procedere con ordine, bisognava riprodurre la grande distinzione fatta da Pothier, il quale consacrò due trattati distinti l'uno *alla locazione*, e l'altro *al soccio*; e disgiungendo quindi le materie che sono riunite nel nostro titolo sotto il nome comune di *contratto di locazione*, dividerlo in due grandi parti, l'una consacrata alla *locazione perfetta* o locazione (che comprenderebbe la locazione delle cose e delle opere colle loro diverse varietà), l'altra alla *locazione imperfetta* o mista di società, cioè al soccio (1).

II. — E pure parecchi di quelli scrittori, che non hanno badato alla inesattezza reale dell'articolo 1711 (1557) che noi abbiamo indicata, ne pretendono scorgere un' altra che non esiste affatto. Secondo Duranton (XVII-250) e Duvergier (II-334, 335), esso articolo dichiarerebbe a torto che la convenzione della impresa di un'opera a prezzo determinato sarebbe una locazione solo nel caso in cui la materia fosse somministrata

(1) Si badi però che questa divisione, sebbene non sconvolga l' ordine in cui son disposti i testi del Codice, pure non sarebbe rigorosamente ed assolutamente esatta, poichè si dovrebbe fare un'eccezione in ciascuna delle due parti. Infatti fra i molteplici casi di locazione dei cap. 2 e 3 se ne trova uno che è pure un misto di società e di locazione; *la colonia parziale* (*bail a mètairie*) (art. 1763-1764 (1609 1610). — Viceversa il soccio di ferro concesso al fittaiuolo, propriamente detto, è una locazione pura e semplice (art. 1821-1826 (1667-1672)). Ma tranne questa sola eccezione (che potrebbe scomparire, con uno scambio delle due disposizioni), la divisione sarà del tutto esatta.

da colui pel quale si fa l'opera; per l'incontro essi dicono che tale convenzione, secondo l'art. 1787 (1633), sia in tutti i casi una locazione.

Nel commento di questo articolo vedremo essere erronea cotesta dottrina, e che, tanto sotto il Codice Napoleone, come nel nostro antico dritto francese e nel dritto romano, la convenzione di cui trattasi è una vendita, quando la materia sia somministrata da chi fa l'opera.

III. — Le due parti che contraggono la locazione ricevono variissime denominazioni, non solo secondo le differenti varietà di esso contratto, ma anche secondo i varî luoghi. Così, nella locazione di una casa, colui che la dà, dicesi *affittante*, *locante*, *proprietario*, e l'altro, *affittajuolo*, *locatario*, *inquilino*, e, nella colonìa parziaria (*bail a métairie*), *colono parziario;* nella locazione d'opere, quegli che somministra il suo lavoro dicesi *intraprenditore*, *operajo*, *domestico*, e genericamente *locante;* colui il quale riceve e paga quest'opera dicesi *padrone*, *proprietario* e genericamente *locatario* o *conduttore*; infine, nel soccio, colui che somministra il bestiame è il *locante* e ne prende i varî nomi; quegli che lo nudrisce e ne prende la cura è il *locatario*, e ne riceve le varie denominazioni.

Noi crediamo doversi preferire ed usare più di frequente le due parole *locante* e *locatario*, le quali offrono il triplice vantaggio: 1° di indicare la differente condizione delle parti in modo semplice e chiaro, per mezzo dell'antitesi nella fine di una parola che ha la medesima radice, e che per altro è derivata dal nome stesso del contratto: *locare*, *locatio*, *locator*, *locatarius*; 2° di potersi applicare in qualunque specie di locazione, nella perfetta come nella imperfetta, nella locazione delle opere come in quella delle cose, e in tutte le varietà di ciascuna di esse; 3° infine, di qualificare colle medesime in parole, ed qualunque ipotesi, due persone che sono sempre nella stessa condizione; infatti è manifesto, non ostante le molte contraddizioni di cui questa idea è stata oggetto, che nella locazione d'opere, come in tutte le altre, bisogna scorgere nel pagamento del salario il carattere che distingue il locatario dal locante: che locante deve sempre chiamarsi colui che riceve questo salario in compenso dell'oggetto qualunque (cosa o lavoro) da lui somministrato, e locatario colui che paga onde avere questo oggetto. Ciò per altro è conforme alla sana logica e alle prescrizioni del Codice.

E pure questa idea è stata sempre impugnata, e par che anche oggi sia sconosciuta da sommi giureconsulti. In Roma, colui che si obbligava ad un'opera mediante un salario dicevasi ora locante (*locator*), ora locatario (*conductor*), cioè riputavasi al medesimo tempo come locante sotto un riguardo e locatario sotto un altro (1). Nel nostro antico dritto Domat, citato per errore da Duvergier (I, p. II) nel senso che noi sosteniamo, seguiva tutto al contrario il sistema falso e contraddittorio dei Romani, poichè, dopo aver detto che coloro i quali si obbligano ad un lavoro sono in generale *locatari* (il che sarebbe precisamente contrario alla nostra dottrina) aggiunge che spesso *essi fanno* PURE *le veci di locanti* IN UN SENSO, poichè allora l'operaio, come dicevasi in Roma, sarebbe *locator operae suae*, e insieme *conductor operis magistri*. Cujacio (*Obs.*, libro 2, cap. 28), cercando di perfezionare la teoria romana, volea che in questo preteso concorso di due contrarie qualità in ciascuno dei contraenti, dovesse riputarsi esclusivamente come locante quegli che avea proposto all'altro il contratto. Pothier infine (n. 392), ha rigettato tutte queste strane idee, seguendo la regola del pagamento del salario; però, in opposizione ai principî che debbonsi seguire nella locazione delle cose, volea che la parte che paga

(1) Per quanto noi sappiamo, il solo Etienne (*Inst.*, II, p. 191-192) ha fatto ben nota la probabile teoria che conduceva i Romani a siffatto bizzarro risultamento, esposta, ma non ispiegata, da Ducaurroy (n. 1049) e Ortolan (l. 3, t. 24, pr.).

lovesse reputarsi come locante e l' altra ome locataria. Dopo il Codice, i due soli crittori che hanno esaminato la quistione, a risolvono nel nostro senso, ma in modo oco soddisfacente. Duvergier (n. 6), è onvinto che questa soluzione è imposta lalla logica e dalla disposizione dell' artiolo 1710 (1556); ma non si dà la pena li giustificare la sua asserzione, nè di conutare i tre contrarî sistemi di Ulpiano, Cujacio e Pothier. Troplong (I 54) ammette a nostra soluzione, perchè imposta legisativamente dall'articolo 1710 (1556), ed nsegna che il sistema più logico sarebbe stato quello di Cujacio, il quale avrebbe lovuto senza meno ammettersi se i comilatori del Codice non avessero sanzionato l contrario.

Noi non sapremmo ammettere nessuna li queste idee, poichè siamo persuasi che l sistema del Codice Napoleone, secondo ui la parte *che paga* è riputata sempre ome *locataria*, è anche conforme alla raione.

Per vero, che altro importa mai *locare*, *lare in locazione* un oggetto qualunque sia cosa o lavoro), se non far godere temoralmente di esso oggetto, procurarne l'uso er un dato tempo, mediante un determiato prezzo? Or l'architetto il quale fabrica sul mio podere un padiglione, e quegli che prende su di se il carico di trasortare i miei mobili da Parigi a Rouen non ni procurarono essi il godimento della loro opera, della loro industria, siccome io prouro al mio fittaiuolo il godimento del poere, siccome il proprietario della casa da ne abitata me ne dà il godimento? Nella ocazione, come nella vendita, oltre il *consensus* delle parti, abbisognano altri due lementi, *res et pretium;* or siccome nella endita quegli che procura la cosa è il venlitore, e quegli che la paga è il compratore, quale che sia la cosa, così nella locazione quegli che dà il godimento della cosa è il locante, e il locatario è quegli che a paga, sia l'oggetto una casa, un podere, n armento, una cosa mobile, un'industria, un lavoro qualunque... Si risponderebbe che se lo architetto è un vero locante (ed io locatario), perchè mi somministra l'opera sua, *locator operae suae*, egli è insieme, e sotto altro aspetto, locatario (ed io locante), perchè io gli dò a fare un'opera, mentre libero come sono di farla eseguire a chi mi piace, incarico lui di farla, *conductor operis mei*. La fabbrica del mio padiglione, dice Etienne, è una impresa di cui io sono il padrone, un progetto che riguarda me soltanto, una operazione da cui l'architetto ritrae dei beneficî, cioè dei frutti civili, come l'inquilino cava dei frutti naturali dal podere che io gli dò in affitto! Ma chi non si avvede delle stentate sottigliezze e delle molte falsità di questo sistema? Sebbene da un canto, dopo aver veduto nella nostra convenzione un primo contratto (contratto di locazione, in cui l'architetto è il locatario), si potrebbe, riguardandola dall' altro, vedervi un secondo contratto coesistente col primo, non è egli manifesto che il secondo contratto sarebbe non una semplice locazione, ma una vendita, mentre *l'opus*, d' onde voi fate una cosa che mi appartiene, vi è stato dato da me non per rimanere mia proprietà e per dovermisi restituire dopo un certo tempo di godimento dell'altra parte, ma per cessare assolutamente d'esser mio, e non lo ridivenir giammai (poichè questa pretesa cosa sarà consumata ed assorbita per effetto della nostra convenzione), tanto che il secondo contratto non sarebbe una semplice locazione, ma una permuta? Tanto vero ciò, che i primi Romani chiamavano l' altra parte contraente COMPRATORE *dell' opera*, *REDEMPTOR operis* (1)... D'altro canto, come non vedere che affin di esistere il vostro preteso secodo contratto, sia come locazione, sia come vendita, sarebbe necessario che voi, in compenso dell'*opus* che io consegnerei come oggetto locato o venduto, mi paghereste un prezzo (*merces* o *pretium*); ma questo prezzo non esiste?...

Infine, e posto pure (prendendo la lente microscopica per seguire il lavoro di pura

(1) Étienne (*loc. cit.*); Ducaurroy (*loc. cit.*); Dig., VII, 1, fr. 39.

immaginazione dei Romani) che si vedesse il secondo prezzo in qualche parte, noi non faremmo che ricondurci al punto d' onde prendemmo le mosse, e confermare la regola che si voleva negare; giacchè se fosse vero che nel secondo contratto io sono locante e l'architetto locatario, gli è perchè sarebbe pur vero che un prezzo mi è stato pagato dall'architetto; per guisa che tanto nella pretesa seconda locazione, come nella prima, avremmo sempre la idea, che il locante è quello che dà la cosa e riceve il prezzo, il locatario quello che paga il prezzo e riceve la cosa.

La pruova più evidente della falsità di tutte coteste idee sorge appunto dai medesimi schiarimenti dati da Cujacio affin di commentare, giustificare e perfezionare lo incredibile sistema dei Romani; e fa invero meraviglia che Troplong abbia riprodotto ed approvato simili stranezze. Ecco in breve quel che dice Cujacio (il quale nondimeno riconosce, nè poteva negarlo, che locante è quegli che *da* la cosa locata, e locatario quegli che la *riceve*): « Certamente l'architetto è il locante (ed io il locatario), poichè egli mi *presta* il suo lavoro, *locat operam suam*; ma inoltre, segue a dire l'illustre professore (riguardando da altro aspetto, falso e stentato, siccome il primo è semplice e vero), io sono locante e l'architetto locatario, poichè io gli *do* a fare una cosa, ed egli *la riceve*, *domum faciendam do et ille suscipit*; parimente, se un pastore o un commessionato sono dei locanti, poichè mi *prestano* l'opera loro per custodire i miei armenti o trasportare i miei carichi, essi sono d'altro lato locatarî, poichè *ricevono* l'armento che *io do* a custodire o i carichi che *io do* a trasportare, *pecus pascendum vel onus ferendum accipiunt*; così anche, se il professore è un locante, poichè *presta* l'opera sua per insegnare gli allievi, egli è al tempo istesso locatario, poichè *riceve* gli allievi che a lui si *affidano*, *se dantes edocendos suscipit*... » Se Cujacio, Troplong e tanti altri non ci presentassero questo ragionamento con somma pacatezza, noi inclineremmo a credere che esso altro non sia che un giuoco di parole, una celia di ingegno bizzarro, tanto è strano e ridicolo. Certo si può ben dire che si *dà* una casa a fabbricare, un armento a custodire, dei carichi a trasportare, dei giovani ad insegnare; ma queste parole non s'intendono già nel senso di cosa *data in locazione*. Allorchè un architetto si obbliga fabbricarmi una casa, forse si potrà dire che la casa sia l'oggetto *dato in locazione* dall'uno e *ricevuto* dall'altro? forse il nostro contratto di locazione è costituito dal godimento della casa? Non è evidentissimo al contrario che il *lavoro* dell' architetto, che egli mi presta e di cui io godo pagandogli un prezzo, è la sola cosa data e ricevuta in locazione?

Così anche, nella locazione che io contraggo col pastore, col commessionato e col professore, si potrebbe forse dire che le cose *date* e *ricevute in locazione* siano il mio armento, i miei mobili, i miei figli? che io dia in godimento i miei figli al professore che li insegna, i miei mobili al commessionato che li trasporta, il mio armento al pastore che lo custodisce? Non è per l' incontro chiaro come la luce del giorno, che la sola cosa che si dà e riceve in locazione sia *il lavoro* del pastore, del commessionato, del professore? .. Noi non sappiamo persuaderci che un simigliante *qui pro quo* siasi potuto riprodurre per tanti secoli, e da tanti e sì illustri scrittori. Come dirsi che io dia in locazione i miei figli, la casa che intendo semplicemente far costruire, i mobili che voglio soltanto traslocati, ec.? Per altro, se la materia della locazione fosse la casa, l'armento, i mobili, ec., allora si farebbe senza meno una locazione di cose; ma qui noi parliamo della locazione di opere, di lavoro! Infine, se si volesse ritenere che io dia in locazione il mio armento, la mia casa, i miei mobili, domanderemmo noi dove sarebbe *il prezzo* di questa locazione? Il mio pastore, il mio architetto, il mio commissionario, apparentemente non mi pagano; ma non può darsi locazione *sine mercede*.

Alle tante enormezze di cotesto sistema, Cujacio non fa che aggiungerne un'altra,

pretendendo perfezionarlo col far prevalere la qualità di locante in colui che propone il contratto, e quella di locatario in colui che l'accetta. Ammesso come vero che la locazione d'opera ne contenga due sovrapposte in senso inverso, rendendo locatario da un canto quegli che è locante dall'altro, sarebbe affatto insignificante, essendo sempre lo stesso il risultamento, conoscere da chi sia stato proposto il contratto. Ciò è ben manifesto, poichè la circostanza che io propongo all'architetto di fabbricarmi una casa, non impedisce che egli mi *presti* il suo lavoro, e che sia quindi *locator operae suae;* viceversa, se l'architetto fosse stato il primo ad offrirmi i suoi servizi, ciononpertanto son io sempre che gli ho *dato* a fabbricarmi la casa, ed in conseguenza sarei (nel vostro sistema) *locator operis mei*. Se dunque fosse esistito il preteso concorso delle due contrarie qualità nella medesima parte, non vi sarebbe stato alcun mezzo come fare assorbire l'una dall'altra. Ma questo concorso, l'abbiamo già detto, non esiste affatto. Nella locazione d'opera, come nelle altre locazioni, non vi ha che un solo prezzo, e quindi una sola cosa pagata, una sola cosa locata, cioè *il lavoro* prestato dall'una parte, compensato dall'altra: essendo dunque il lavoro l'unico oggetto che si dà in locazione, colui che lo somministra è quindi il solo locante.

Pothier, col suo sistema, va in urto direttamente alla verità, tanto che non crediamo necessario insistervi; poichè egli dice esser sempre locatario quegli che somministra la cosa locata, e locante quegli che la riceve e la paga!

Ben a ragione dunque i compilatori del Codice, che aveano nel primo progetto dell'art. 1710 (1556) definito la locazione di opera « un contratto con cui una delle parti DÀ *qualche cosa a fare* » (reputando, giusta le idee romane, come *locator operis* quegli che paga), ebbero poi ad inchiesta del Tribunato mutato quella frase, presentando come correlativa del prezzo la obbligazione della parte che SI OBBLIGA *a far qualche cosa*, conforme a questa dichiarazione esatta e precisa che si contiene nel rapporto al Tribunato: « La custodia, i servigi, il lavoro e l'industria formano la materia della locazione d'opera, atteso ciò che si dà in locazione e ciò che si paga. — Il guardiano adunque, il domestico, l'artigiano, l'operaio, l'intraprenditore, sono i veri locanti; quegli che li paga è il vero locatario o conduttore; queste qualità sono state per errore invertite nelle leggi e nelle opere dei giureconsulti » (1).

1712 (1558). — Gli affitti dei beni nazionali, de' beni de' comuni e de' pubblici stabilimenti, son sottoposti a regole particolari.*

(1) Fenet (XIV, pag. 217, 279, 338-339). — Il Codice bavarese (*Locazione*, art. 1), dice pure che, nella locazione delle opere come in quella delle cose, quegli che riceve il prezzo è il *locante*, e quegli che usa della cosa il *locatario*.

* Crediamo non inutile cosa, riportare qui in nota le leggi più importanti intorno agli affitti dei beni dello Stato, dei beni Comunali e di quelli delle mense Vescovili, Badie e benefici differenti, facendo un semplice cenno delle altre.

Beni dello Stato.

— 30 gennaio 1817. — *L. amm. dei beni dello Stato* — 23. Principale cura ed obbligo dei ricevitori amministratori sarà quella di affittare i beni di loro rispettiva gestione. — Allorchè un fondo rustico o urbano non sarà stato posto in aggiudicazione di affitto ne' termini e nel modo prescritto dal presente *d.*, il ricevitore amministratore pagherà una ammenda eguale al quinto dell'imponibile fondiario del fondo non affittato, ed inoltre rimborserà sulla sua cauzione la mancanza della rendita del fondo per causa della non fatta locazione, salvo anco a pronunziarsi la sua sospensione o destituzione, secondo la circostanza del fatto. — La metà dell'ammenda succennata andrà in favore di coloro, siano particolari, o funzionari pubblici, o agenti della amministrazione, che avranno fatto conoscere la negligenza del ricevitore amministratore. — 24. È vietato ad ogni ricevitore o altro agente dell'amministrazione, sotto pena di privazione d'impiego, e di esser tradotto ai tribunali, come prevaricatore, d'interessarsi direttamente o indirettamente, sia per interposte persone, negli atti di aggiudicazione di affitti, nelle vendite di generi, de' frutti pendenti, de' mobili, semoventi, ed altri oggetti affidati alla loro amministrazione. — 25. I beni appartenenti allo Stato, o dipendenti dalla sua ammini-

I. — Il legislatore non dovea parlare in questo titolo degli affitti di cotesti beni, i

strazione, saranno affittati sei mesi prima di spirare i termini degli ultimi affitti, mediante l'affissione dei manifesti progettati dai ricevitori amministratori, ed approvati dai direttori.—**26.** Le case ed i predî urbani, la di cui rendita imponibile non è oltre di ducati cinquanta in Napoli, e di ducati venti nelle provincie, saranno locati senza le formalità degl' incanti con contratti da stipularsi tra i ricevitori ed i particolari colla successiva approvazione de' direttori. Questi contratti saranno vistati dai sindaci della situazione de' beni, o da altri funzionarî che ne facciano le veci.—**27.** Se i beni da affittarsi secondo il catasto provvisorio dessero una rendita non maggiore di ducati ducento, l'aggiudicazione dell' affitto si farà avanti al sindaco del comune, dove sono siti i beni, o a quello del comune il più vicino e il più popolato, in cui vi fosse luogo a sperare maggior vantaggio per le circostanze locali.—**28.** Pe' beni la di cui rendita sia superiore a ducati ducento, e sino a ducati mille e cinquecento, gli affitti si faranno innanzi al sottintendente del distretto della situazione dei beni. —**29.** Saranno consumate innanzi l'Intendente della provincia le aggiudicazioni dei beni, la di cui rendita sia maggiore di ducati mille e cinquecento. —**30.** Non si potrà procedere ad aggiudicazioni di affitto che nelle sessioni d'incanto, innanzi ai funzionarî o alle autorità rispettivamente richieste dagli articoli precedenti; e non si potranno cominciare le subaste senza che prima sieno al pubblico annunziate con manifesti da pubblicarsi:—Sei giorni prima, se gli affitti si debbano aggiudicare nel comune della situazione dei beni; — Dieci, se innanzi al sottintendente; — Venti, se avanti l'Intendente. — I sindaci dei comuni, cui i manifesti saranno diretti, dovranno accusarne ricevuta, farli pubblicare ed affiggere, rilasciandone certificato alle autorità che debbono presedere agl' incanti. —**31.** Gl' Intendenti, i sottintendenti, i sindaci, e quelli che faranno le loro veci, assisteranno alle subaste, o personalmente, o per mezzo di persone autorizzate a rimpiazzarli.—Vi assisteranno inoltre presso gl'Intendenti i rispettivi direttori: presso le sottintendenze vi assisterà il ricevitore amministratore: e nelle sessioni che si terranno innanzi ai sindaci, sarà in facoltà del ricevitore amministratore di farvi intervenire il sottoricevitore. — **32.** Prima di procedersi alla subasta, saranno vistati dalle autorità, avanti le quali si farà l'aggiudicazione, tutti i certificati di pubblicazione de' manifesti; e di tale formalità se ne farà menzione nel contratto.—**33.** Non sarà fatta che una sola sessione d' incanto. L' additamento di decima potrà essere prodotto fra le ventiquattr' ore che seguiranno l'aggiudicazione; e quello di sesta in cinque giorni dopo la licitazione in grado di decima, qualora gli incanti abbiano luogo avanti a' sindaci; fra tre giorni la decima, e dieci la sesta, se si tratti di aggiudicazione avanti i sottintendenti; e fra cinque giorni la decima, e quindici la sesta, se avanti l'Intendente.—**34.** La base su cui si apre l'incanto sarà o l'estaglio dell'ultimo precedente affitto, o la rendita del catasto, ed in difetto il prodotto dell' ultimo biennio ritrattosi da' fondi da affittarsi. — In nessun caso, e senza precedente deliberazione dell' amministrazione generale, si potrà aggiudicare un affitto al di sotto delle summentovate basi. — **35.** Al solo ministro delle finanze è accordata la facoltà di dispensare agl' incanti per l' affitto dei beni demaniali sopra un rapporto motivato dell'amministrazione, in caso che si presuma poterne derivare maggior vantaggio. — **36.** Gli affitti i quali dietro il certificato del catasto, sono suscettibili di dare una rendita di ducati cinquanta, o maggiore, potranno essere impugnati per causa di lesione avanti al consiglio d'Intendenza, a cura degli agenti del demanio, ma soltanto nel giro di sei mesi dopo l'aggiudicazione.—I contratti di locazione saranno rescissi, se si conoscerà che essi contengono lesione del terzo, o maggiore, subitochè gli aggiudicatarî non acconsentano volontariamente di pagare la differenza.—Nel caso che la decisione del Consiglio d' Intendenza non sia stata pronunziata all'epoca che dee cominciare l'affitto, l'aggiudicatario entrerà in possesso. Egli potrà esservi mantenuto, se si obbliga a pagare il dippiù del prezzo annuale, che ha definito la lesione; e nel caso che egli ci si ricusi, vi resterà soltanto per l'anno incominciato, pel quale pagherà anche il dippiù del prezzo fissato dal giudizio suddetto.—**37.** È vietato di fare degli affitti generali, o sia *di dare in locazione* tutti i beni di una corporazione, ed *in uno* o più circondarî, senza previo permesso dell' amministrazione, da darsi in vista dei motivi di ultimo espediente, e per non lasciare altrimenti i fondi inaffittati.—**38.** L' aggiudicazione sarà fatta al più offerente, ed all' ultimo licitatore sull' estinzione delle candele che non saranno meno di tre. Essa non sarà definitiva che dopo la terza candela, e dopo altra consecutiva, su della quale non vi sia stato altro additamento. — **39.** Il processo verbale di aggiudicazione colle clausole e condizioni indicate nel modello ed istruzioni del nostro Ministro delle finanze, terrà luogo di affitto, senza esservi bisogno d' intervento di notaio. Esso sarà riputato come titolo autentico ed esecutorio, ed avrà in giudizio esecuzione pronta e parata, del pari che i titoli autentici che portano l' intestazione della legge.—**40.** Gli affittatori saranno sottoposti all'arresto personale per l'adempimento del fitto, e principalmente per la soddisfazione dell' estaglio. — Daranno inoltre le soddisfacenti cauzioni di persone domiciliate nella estensione della provincia ove sono siti i beni. Essa sarà discussa dagli agenti del demanio chiamati all' incanto, ed approvata dalle autorità innanzi alle quali sarà stipulato l'affitto.—Sarà soltanto permesso all'amministrazione il dispensare alla cauzione, nel caso che l' affitto sia conchiuso con persona che da sè stessa presenti una valida garenzia da starne a suo giudizio. — **41.** La minuta del processo verbale di aggiudicazione sarà depositata nella cancelleria di quella autorità che presiede alle sessioni d'incanto; ne verranno rilasciate all'amministrazione le copie che gliene potranno occorrere; e sarà permesso all'aggiudicatario di richiederle.—Tutte le spese di manifesti ed affissione di essi, aggiudicazione, sessioni d'incanto, copie per conservarsi in amministrazione, e depositarsi presso la conservazione delle ipoteche, dritti di registro ed iscrizione ipotecaria,

li governati , come abbiam visto sotto l'articolo 537 (462) , da regole che non

nno a carico dell'affittatore.—42. Nel caso che › tutti gli esperimenti prescritti per l'affitto dei dello Stato non si sieno rinvenuti degli obla-, quelli rimasti inaffittati saranno coltivati a e dell' amministrazione , mediante progetti da approvati , a cura dei direttori , sotto la soveglianza de' sottintendenti , e la più stretta onsabilità dei ricevitori.—Sono in conseguenza ite le commessioni comunali create col *d.* dei uglio 1812. Quelle esistenti daranno per tutto iese di marzo il conto dei beni da loro ammirati, nel modo prescritto dal *d.* medesimo e da i seguenti *reg.* Quelle commessioni che ne ritarsero l'adempimento, vi saranno astrette con dei imessarî spediti dagli Intendenti , a spese dei nbri che le compongono. — 43. Gli affitti dei i demaniali pe' quali sono già stati pubblicati anifesti o fossero cominciati gli additamenti per iggiudicazioni , saranno consumati secondo le ole ora in vigore. — I fondi inaffittati , la col-ı de' quali è stata già intrapresa dalle commesıi comunali, rimarranno sotto la di loro sopravlianza ed amministrazione fin dopo i ricolti rittivi. — 44.Le vendite dei prodotti de' beni demiali, de' mobili, o semoventi di proprietà dello lo o di sua amministrazione , saranno eseguite seguito di perizia e pubblicazione dei manifesti, ncanto avanti gl'Intendenti o sottintendenti nei oluoghi di provincia, o di distretto, ed avanti ai laci negli altri comuni.— Le derrate d'ogni nai saranno poste all'incanto pel prezzo delle merıali dei luoghi dove esse esistono.

- 11 genn. 1819 D. — Riguarda gli additamenti lecima e di sesta prescritti dalla sopraddetta ;e dei 30 genn. 1817.

-18 ottobre 1819.—*L. amm. del pubblico de-nio*—(art. 15-22). Determina il modo come debo essere affittati i beni demaniali.

- D. 5 dicembre 1826. — Regolamento riguarle l' amministrazione della cassa di ammortizone e del demanio pubblico.

Beni dei comuni.

- 12 dicembre 1816. *L. dell' amministrazione le*—230. Ogni cespite di rendita comunale debbe ere affittato a cura e diligenza del sindaco. Lo to non può conchiudersi altrimenti che col mezzo 'asta pubblica. — Quando circostanze straordiie esigessero la dispensa di questa forma, o le reviazioni dei suoi termini, il Ministro dell' inio può accordarla sull'avviso motivato del conio d' Intendenza. — 231. La durata degli affitti e rendite comunali non può oltrepassare i peli qui appresso determinati; salvo le disposizioni 'articolo 208. — Pei dazî di consumo, anni due. proventi giurisdizionali, anni quattro. — Per le 'e addette al solo pascolo, anni tre. — Pe' teri coltivati , oliveti , vigne e simili, anni sei.— gli edifizî urbani , e per le macchine di ogni cie, anni otto.—Pe' boschi cedui o selve cedue, numero di anni uguale al numero delle porzioin cui sarà diviso il fondo.—I fondi di questa ıra saranno divisi in tante porzioni uguali, per nti sono gli anni necessarî alla crescenza delle lle nuove. Tali porzioni saranno denominate 1.a 3.a ec., ed in ogni anno non potrà incidersi che quella sola che viene indicata dal numero di ordine. Il totale delle porzioni determina il massimo tempo da potersi stabilire nell'affitto. — 232. L'anno dell'affitto delle rendite comunali comincerà al 1 di gennaio , per quanto la natura delle rendite e gli usi locali non si oppongano a questa disposizione.—233. Quattro mesi prima del termine di ogni affitto, il sindaco convoca il decurionato , e con esso delibera sulle condizioni , colle quali l'affitto debba rinnovarsi.—Queste condizioni sono definitivamente fissate dall'Intendente sull'avviso del sottintendente e del consiglio d'Intendenza.—234. L' asta pubblica per gli affitti delle rendite comunali sarà tenuta ne' termini prescritti co' seguenti articoli, sulle condizioni fissate in conformità dell'articolo precedente dal sindaco nella cancelleria comunale, assistito dal primo eletto e dal cancelliere, i quali ne sottoscriveranno gli atti.—235. La subasta sarà preceduta da due manifesti da pubblicarsi ed affiggersi coll'intervallo di tre giorni almeno l'uno dall'altro, ed uno in giorno di domenica, nei luoghi consueti del comune, ed in ogni altro che lo Intendente giudicherà convenevole d'indicare nello atto di approvazione delle condizioni. La subasta non potrà cominciarsi prima di otto giorni dalla pubblicazione del primo manifesto. Nella prima subasta l'affitto vi rimarrà aggiudicato provvisoriamente al maggiore offerente.—236. Sarà tenuta una seconda subasta cinque giorni dopo la prima, in seguito di un altro manifesto pubblicato a norma dell'articolo precedente , e vi avrà luogo l'aggiudicazione definitiva al maggior offerente. Non presentandosi sovraimposta in questa subasta, diviene diffinitiva la aggiudicazione fatta nella prima.—237. Sono ammessi negli affitti comunali gli additamenti di decima e di sesta, calcolati sulla rendita di ciascun anno.—Essi possono essere prodotti nell'uffizio in cui la subasta si è tenuta; il primo tra cinque giorni ; il secondo tra cinque altri successivi dopo la aggiudicazione diffinitiva.—Quando abbia luogo lo additamento di decima, il termine di cinque giorni per la sesta si calcola dall'aggiudicazione in grado di decima.—Le subaste in grado dei suddetti additamenti debbono essere precedute con un intervallo di tre giorni almeno da un manifesto pubblicato in conformità dell'art. 235.—238. Nella licitazione non si ammettono sovraimposte tra' concorrenti, quando sono minori di cinque carlini per quelli sino a 200; di venti carlini per quelli sino a 400 ; di trenta carlini per quelli sino a 600 ; e di cinque ducati per ogni altro affitto maggiore.— 239. L'aggiudicazione degli affitti comunali è compiuta di pieno dritto per effetto dell'ultima licitazione, senza che vi bisogni altra approvazione superiore.—Nulladimeno l' Intendente può in alcuni casi, quando creda che il bene dell'amministrazione lo esiga , dichiarare tra le condizioni della subasta, che l'aggiudicazione non s' intenda definitiva, se non dopo la sua approvazione.—240. L' Intendente può, ove il bisogno o l'utile dell'amministrazione lo esiga, presedere di persona alle subaste, o delegare la presidenza ad altra autorità sua subordinata, o pur farle celebrare in un comune diverso da quello a cui appartengono le rendite da affittarsi.

appartengono al dritto civile, ma al dritto amministrativo (1).

—11 ottobre 1817.—*L. amm. per la Sicilia* — 214.—Tutte le rendite comunali debbono essere affittate a cura e diligenza del sindaco. L'affitto non può conchiudersi altrimenti che coll' incanto pubblico. Qualche eccezione che possa meritare questa regola, debbe essere discussa e deliberata dal decurionato, ed autorizzata dall' Intendente.—215. La durata degli affitti regolarmente non potrà essere maggiore di due anni. Quando occorrerà di affittarsi fondi rustici, per non essersi ancora conceduti a norma dell' articolo 196, la durata sarà in proporzione delle circostanze, e vi sarà espressamente il patto di risolversi l' affitto, allorchè si farà la concessione. L'anno dell' affitto si conterà dal 1 di settembre all'ultimo di agosto. 216 Il nostro Luogotenente generale, per via d'istruzioni da approvarsi da Noi, ordinerà di fissarsi il metodo dello incanto secondo le leggi, e le utili costumanze, affinchè in una materia tanto importante tutto sia chiaro e facile, e sia tolto ogni adito all'arbitrio e alla frode. — 217. Nelle dette istruzioni i privilegi dell'addizione *in diem* e delle restituzioni *in integrum* saranno limitati e fissati, a somiglianza di quel che si è fatto in questa parte dei Reali Dominî.—218. Le accennate istruzioni in ordine alla forma delle licitazioni per gli affitti saranno applicabili anche agli appalti ed alle vendite di cose immobili, che si possono fare per conto del comune.—219. Le medesime istruzioni saranno applicabili non solo a quel che riguarda i beni proprî dei comuni, ma ancora agli affitti, agli appalti e alle vendite d'immobili di qualsivoglia altro ramo dell'amministrazione civile. — 220. Quando accada di restare qualche rendita senza affitto, o perchè qualche circostanza particolare lo richiegga secondo l'articolo 214, il piano dell'amministrazione particolare di questa rendita debbe essere proposto dal sindaco in decurionato, e debbe esser poi autorizzato dall'Intendente.

—11 ott. 1817.—Regolamento da osservarsi per gli affitti dei beni comunali.

— 15 giugno 1818. — Ministeriale — Gli atti di subasta saranno registrati dopo l' approvazione, purchè siasi apposta la clausola che *il contratto avrà esecuzione dal momento che sarà approvato dall' Intendente.*

— 10 luglio 1830. — Rescritto — I fondi che presentano un imponibile, non maggiore di carlini 30, si possono affittare amministrativamente, senza la formalità delle subaste.

— 7 luglio 1832.— Rescritto — Per gli affitti dei dei cespiti comunali e dei pii stabilimenti, le cui offerte non oltrepassano la somma di ducati 30, comunque poi possa crescere nel calore della licitazione i corrispondenti processi verbali sono da qualificarsi come pubblici strumenti, e tali da produrre gli effetti ipotecarî, sottoponendosi la corrispondente iscrizione, conformemente all' art. 39 del decreto del 30 genn. 1817.

— 16 maggio 1818, 4 gennaio e 3 ottobre 1832. — Ministeriali — Nei contratti di fitto dei cespiti comunali e di altri pubblici stabilimenti devesi apporre il fatto della renuncia ad escomputo per qualsiasi causa.

— 29 gennaro 1834. —Ministeriale — Gli atti di subasta per appalti o affitti comunali debbono dai cancellieri comunali iscriversi due volte nei repertorî, cioè una volta sotto la data in cui essi sono formati, ed un'altra volta sotto la data in cui sono registrati, dopo l'approvazione.

— 27 novembre 1838. — Ministeriale — Dichiara nullo un contratto di affitto per amministrazione pubblica fatta per oltre a quattro anni.

— 1 aprile 1840. — Ministeriale — È proibito riceversi per la esecuzione a sicurezza di appalti e contratti obbliganze su i beni costituiti in patrimonio sacro.

— 6 aprile 1836. — Rescritto — e 6 marzo 1841. — Ministeriale — Debbono gl'intendenti proporre, ove forti ragioni di economia e di utile pubblico nol vietino, la divisione dei boschi comunali in sezioni, ed i tagli regolari, a norma della legge forestale.

— 1 sett. 1841. — Rescritto — È vietato il fitto complessivo dei cespiti comunali, eccetto quelli di tenue valore, permettendosi per modo di eccezione, dopo la autorizzazione ministeriale.

— 15 aprile 1854. — Circolare — I certificati di pubblicazione di avvisi per appalto di cespiti comunali in Sicilia debbono esser redatti in carta libera, e non soggetti alla formalità del bollo.

— 10 agosto 1854. — Ministeriale — Le offerte che si producono negli appalti comunali in Sicilia debbonsi registrare dopo ultimati i correlativi atti di subasta.

Beni ecclesiastici.

— 9 settembre 1828. — Decr. e Regolamento.— Modo di affittare i beni che sono nella gestione delle amministrazioni diocesane.

Vedansi inoltre — Decreti, 29 ag. 1830, 12 novembre 1831, 1 dic. 1833, 31 ag. 1842, 20 gennaro 1843, 22 luglio 1847.

(1) *Vedi* Merlin (*Rep.*, alla parola *Fitto*, § 17 e 18); Duvergier (118 e *seg.*); Troplong (69 e *seg.*).

CAPITOLO SECONDO

DELLA LOCAZIONE DELLE COSE.

1713 (1559). — Si può locare qualunque sorta di beni mobili o immobili.

SOMMARIO.

I. *La locazione delle cose ha qualche analogia colla vendita. Essa richiede, come la vendita, i tre elementi:* res, pretium consensus.
II. Res. *Quali cose non possono locarsi. Risposta a Toullier in quanto alle cose fungibili. Errore di Troplong e d'una decisione della camera dei ricorsi in quanto alla locazione delle miniere.*
III. Pretium. *Può consistere in prestazioni in natura : controversia. Non si dà luogo a rescissione per causa di viltà di prezzo. Rimando in quanto al prezzo non vero.*
IV. Consensus. *Capacità per locare : il proprietario apparente può consentire un fitto valido : controversia.*
V. *Rimando per ciò che concerne i rapporti della locazione coll'usufrutto, e per la confutazione di Troplong intorno al preteso dritto reale del locatorio di immobili. — Rimando in quanto ai fitti enfiteutici ed altri.*

I. — Secondo l'art. 1709 (1555) la lo-azione delle cose è un contratto con cui ına delle parti si obbliga a far godere al-altra una cosa per un determinato tempo, mediante un determinato prezzo che que-ta si obbliga pagare.

Questo contratto differisce essenzialmente alla vendita, poichè non trasferisce la pro-rietà della cosa, nè, come nelle vendite ntiche, procura sempre il libero possesso, ia solo il godimento di essa cosa per un eterminato tempo. E pure questi due con-ratti hanno molta analogia : la locazione nfatti, come la vendita, è un contratto inallagmatico, a titolo oneroso, puramente onsensuale, che richiede pure i tre ele-ienti *res*, *pretium*, *consensus;* tanto che lle volte sarebbe ben difficile distinguere 'uno dall'altro.

Così, a mò d'esempio, è stata fatta qui-tione se il contratto con cui io cedo me-iante un determinato prezzo il dritto di rendere il ricolto del tale fondo per un leterminato tempo, non indicando la na-ura della nostra convenzione, debba ri-uardarsi piuttosto come locazione del fondo come vendita dei frutti. E in vero la qui-tione non è mica di lieve momento, poi-hè nella vendita pagasi il dritto del registro molto più che nella locazione, e il compratore è tenuto ai rischi della cosa cui non va soggetto il locatario... È stato sempre detto che una tal quistione, non che altre simiglianti debbansi decidere secondo le circostanze ; però i più sommi giureconsulti non van di accordo nello stabilire il valore relativo di tali circostanze. Così Pothier (n. 4) volea che la durata del godimento fosse il principale elemento della soluzione, e che il contratto debba essere dichiarato vendita o locazione secondo che il godimento duri più o meno di nove anni, comunque del resto si pagasse il prezzo. Per l'incontro Caroccio, combattuto da Pothier, pretendeva che il contratto si dovesse reputare locazione o vendita, indipendentemente dalla sua durata, secondo che il prezzo si pagasse periodicamente o tutto in una volta... Quest'ultima idea ci sembra più esatta. Infatti, per la loro medesima natura, i prezzi di locazione che sono dei frutti civili, corrono periodicamente come i frutti naturali a cui essi si sostituiscono, mentre non è certamente proprio della natura dello affitto durare per un tempo più o meno lungo. Pertanto, ove si fosse assolutamente dubbiosi, e quando il pensiero dei contraenti non

sorgesse da altre circostanze, si dovrà distinguere la locazione dalla vendita secondo che i pagamenti si facciano o pur no periodicamente (1); ma se il pensiero comune delle parti si dimostrasse chiaro da altre circostanze prese insieme o isolatamente, in tal caso bisogna ad essi attenersi, poichè trattasi di una quistione di intenzione.

Abbiam detto che nella locazione richiedonsi tre elementi : *res* , *pretium* , *consensus*. Facciamo alcune osservazioni sovra ciascuna di esse.

II. — *Res*. In generale qualunque sorta di cose può essere oggetto di locazione , ma questo principio soffre una eccezione: infatti alcune cose non possono nè locarsi nè vendersi ; altre possono *vendersi ma non locarsi*.

Così la servitù reale che voi avete sopra un immobile vicino al vostro, non può per se stessa nè vendersi nè locarsi disgiunta dal fondo, a cui è inerente. I dritti d'uso e d'abitazione, a differenza del dritto d'usufrutto, non possono alienarsi nè locarsi, secondo gli art. 631 e 634 (556 e T). Il simile è pure delle cose del pubblico demanio; ma non assolutamente, poichè alle volte possono locarsi per il tal punto o sotto quel rapporto speciale: non si loca una chiesa, un cimitero, una piazza pubblica, una strada , un fiume , ma si locano bensì i posti in una chiesa, i posti fissi e volanti nelle vie pubbliche, il dritto di raccogliere i frutti e l'erba di un cimitero , il dritto di pesca in un fiume ec.

In generale , le cose di consumo non possono locarsi, sebbene si vendano, poichè il locatario, dopo un determinato tempo di godimento, deve restituire la cosa ; ma trattandosi di cose di consumo , egli non può goderne che annientandole. Non sarebbe il medesimo nel caso eccezionale di una locazione fatta *ad meram ostentationem*, come se dessi ad un mercante, per un determinato prezzo, alcune bottiglie di liquori onde esporle nella sua bottega senza disporne, ad un banchiere delle monete onde tenerle nel suo sgrigno per un dato tempo , e poi restituirmele identicamente, ad un cotale dei bei frutti onde metterli in tutto il servito delle frutta senza toccarli : in tal caso il contratto sarà un vero commodato e non un *mutuum*, se a titolo gratuito , una vera locazione , se a titolo oneroso , cioè se l'uso delle cose fosse pagato. Tranne questi casi, le cose di consumo non possono locarsi , tranne che non fossero date come accessorie di un'altra cosa , come le paglie e i letami che fan parte di una colonìa, le quali allora sono accessorî del podere , e quindi immobilizzate (2).

(1) Duranton (XXII-17) ; Duvergier (I-33); Troplong (I-22).

(2) Parigi , 10 dicembre 1852 (J. P., 54 , 277). —Taulier (VI, pag. 204-205) crede strano, sebbene ammesso generalmente dagli scrittori, il dire che in generale le cose di consumo non possano locarsi. Egli dice : poichè si ammette l'usufrutto di queste cose, coll'obbligo che l'usufruttuario debba restituirle in eguale quantità, qualità e valore, o di pagarne la loro stima (articolo 587 (512)) , per qual motivo non si deve ammettere pure che esse possano locarsi? Certamente, l'usufrutto di queste cose non sarebbe che una finzione; ma perchè non potrebbe esistere questa finzione per la locazione come per l'usufrutto ?... La risposta è semplicissima sia in dritto , sia in legislazione. In dritto , diciamo , che la sola legge può creare delle finzioni, e siccome il legislatore non ha creduto estendere alla locazione quella che ebbe stabilito per l'usufrutto, quindi colui che deve applicare la legge non può menomamente far quello che il legislatore non fece. In legislazione poi, il motivo della differenza si scorge a prima vista ; poichè la finzione che ha una grandissima utilità nel caso di usufrutto, non ne avrebbe alcuna nel caso di locazione. L'atto con cui vi dessi delle cose di consumo, coll'obbligo di restituirmene altre simili, o pagarmene la stima, sarà nel primo caso una *permuta* , nel secondo una vendita ; or qual sarebbe mai il vostro interesse, perchè la legge chiamasse questo contratto piuttosto con uno che con altro nome, quando ottenete il vostro scopo ? Per l'incontro, siccome d'ordinario l'usufrutto si stabilisce senza contratto , ma per testamento , importava creare una finzione , per render facile il disporre in tal modo delle cose di consumo , il godimento delle quali non si sarebbe potuto altrimenti legare. La finzione dunque era utile per l'usufrutto , ma non per la locazione. *Hae res* , dice Giustiniano , *neque naturali ratione* . *neque civili* , *recipiunt usumfructum... Sed* UTILITATIS CAUSA, *senatus censuit posse etiam usumfructum constitui*, *ut... si pecuniae ususfructus* LEGATUS *sit... datur* LEGATARIO*... Ceterae quoque res ita traduntur* LEGATARIO (*Inst.*, l. 2, t. 4, § 2).

Un officio ministeriale non potrebbe nem-
eno locarsi, se pure fosse di quelli che
legge permette di cedere, poichè l'or-
ie pubblico richiede che un officio sia
mpre esercitato dal titolare nominato dal
verno. Noi appresso esamineremo la qui-
one molto delicata (e che fin da ora ri-
lviamo negativamente, come Duvergier,
oplong e Delangle), se un officio potrebbe
rmar l'oggetto di una società, in quanto
la divisione dei lucri, sebbene esso con-
ui ad esercitarsi esclusivamente dal ti-
lare (1); ma se per questo caso potrebbe
cora sorger qualche dubbio, non è così
ertamente quando si vuol fare esercitare
ufficio da un locatario.

All' infuori di queste restrizioni, la re-
ola del nostro articolo 1713 (1559) di-
enta esatta : in generale si può locare qua-
inque sorta di beni, mobili o immobili
oer esempio, gl'immobili dotali, sebbene
on possano vendersi) ; e quantunque il
odice, negli articoli seguenti, tratti sol-
nto della locazione delle case e dei fondi
ustici, pure è evidente che le sue regole
ebbansi in generale applicare a tutti gli
ltri beni mobili e immobili, se la natura
elle cose il comporti, come agli opifici,
manifatture, macchine, getti d'acqua, mi-
iere, cave, magazzini, ec.

Diciamo che le miniere possono esser
ocate ; però è necessaria l'autorizzazione
lel Governo secondo i principî d'una legis-
azione speciale da cui sono regolate : la
contraria dottrina di Troplong e d'una de-
isione della camera dei ricorsi è stata a
ragione rigettata dalla camera civile, non
che da tutti gli scrittori moderni. Gli è vero
che l'art. 7 della legge dei 21 aprile 1810
dice soltanto che la miniera non può *ven-
dersi* in parte, nè *dividersi*, dal che si è
voluto inferire che i soli atti vietati (senza
previa l'autorizzazione del Governo) siano
le divisioni della proprietà e le vendite par-
ziali. e non le semplici locazioni, affitti o
concessioni di godimento temporaneo ; ma
questa idea, checchè ne dica Troplong,
non può ammettersi. La legge non ha vo-
luto vietare soltanto e in ispecial modo la di-
visione della *proprietà* delle miniere, ma
inoltre la divisione del loro cavamento. Im-
perciocchè, essendo divisi i lavori del ca-
vamento, oltre al pericolo delle frane e delle
inondazioni, si perderebbe spesso una gran
parte del minerale, e si sciuperebbe il
terreno per il multiplicarsi dei massi di se-
parazione e per la interruzione dei filoni,
e ne verrebbe per altro gran danno alla
agricoltura, dovendosi impiegare una gran
parte della superficie pei pozzi, camini,
canaletti, depositi di materiali di costru-
zione e di materie estratte, ec. Or siccome
questo cavamento disastroso e così con-
trario agl' interessi generali risulterebbe
tanto dalle locazioni parziali che dalle ven-
dite parziali (locazioni che del resto potreb-
bero esser sì lunghe da esaurire la por-
zione data in affitto, e quindi equivalere
alla alienazione), sarebbe una vera stra-
nezza prendere in un senso ristretto le pa-
role *miniera divisa*, che la legge usa evi-
dentemente per il godimento ed anche più
per la proprietà.

Inoltre, non ostante che Troplong con
gran compiacenza lodi la decisione di ri-
getto profferita nel suo senso dalla camera
dei ricorsi nel 1837, non ostante che egli
con molta cura voglia spiegare che questa
camera nel 1839 aveva ammesso un altro
ricorso che proponeva la stessa quistione,
non già per iscrupolo intorno alla prece-
dente decisione, ma per un altro mezzo
che meritava di essere esaminato dalla ca-
mera civile, egli è certo che quest'ultima
camera ha tenuto altra sentenza, pronun-
ziando, conformemente alle conclusioni di
Boissieu, l'annullamento per questo primo
mezzo che si pretendeva *non meritare l'e-
same della camera civile*, e l'anno appres-
so, anche conforme alle conclusioni di De-
langle (allora avvocato generale) annullava
un'altra decisione che dichiarava lecito lo

(1) Parigi, 2 genn. 1838; Nîmes, 20 ag. 1840; Rennes, 28 ag. 1841, Parigi, 17 lugl. 1843; Lione, 29 giug. 1849; Parigi, 1 marzo 1850; Rig., 15 dicembre 1851 (Dev., 38, 2, 83; 41, 2, 494; 43, 2, 369; 50, 2, 433; 52, 1, 21).

affitto parziale (1).

III. — *Pretium*. Gli scrittori hanno molto disputato se il prezzo della locazione debba necessariamente essere in danaro, o se anche possa consistere in prestazioni fatte in natura. Sotto il Codice, Duvergier (numero 95) adotta la prima idea; ma Troplong, il quale come lui nella vendita richiede che il prezzo sia in danaro effettivo, ammette nella locazione (n. 3) che esso possa anche essere in derrate. Non fa mestieri dirlo che noi adottiamo questa opinione, mentre abbiam detto poter essere il medesimo anche nella vendita (art. 1702 (1548), n. II).

La medesima legge romana diceva: *Si olei certa ponderatione* LOCASTI (C. IV, t. 65, 21): dica quel che voglia Duvergier, secondo alcuni scrittori, intorno al preteso senso improprio che vuol darsi qui alla parola LOCASTI, noi crediamo non essere dubbio che quella legge intenda parlare di una locazione, poichè, come fa osservare Cujacio, non solamente quel testo è messo nel titolo *de locato*, ma indica espressamente trattarsi di un contratto *bonae fidei*, il quale carattere non potrebbe esistere supponendo invece del contratto di locazione un altro contratto analogo. — Per altro, nel nostro diritto presente e nelle consuetudini nostre, come dire che non siano locazioni gli innumerevoli affitti consentiti giornalmente vendita adunque, il prezzo può pagarsi sia in danaro effettivo, sia in cose che soglionsi assomigliare al danaro, secondo l'uso e la intenzione delle parti. Ma si badi; è necessario come prima condizione che tali cose siano date in proprietà: se voi, come equivalente del godimento che io vi cedo dello mia cosa, mi date pure il semplice per prestazioni in natura? Qui, come nella godimento della vostra; se per esempio, voi mi date il godimento del vostro bue per avervi quello del mio cavallo, in tal caso non si farà più una locazione (poichè non vi è prezzo), non una permuta (poichè la proprietà non si trasferisce da alcuna delle due parti), ma un contratto innominato, che si accosta alla locazione e alla permuta, poichè il godimento non si cede gratuitamente, e perchè i contraenti esercitano le medesime parti, analoghe per tutti e due a quelle del locante.

Nella locazione, come nella vendita, il prezzo può essere lasciato allo arbitrio di un terzo. Se non sia vero, il contratto sarà radicalmente nullo e come non avvenuto: ciò è comune anche colla vendita. Però havvi una differenza fra i due contratti, che nella locazione, il prezzo, sebbene vilissimo, non dà mai luogo alla rescissione: qualunque sia la sproporzione di esso col valore della cosa locata, purchè sia stabilito seriamente, cioè trattato come un negozio, come oggetto di un contratto a titolo oneroso, l'atto non potrà mai impugnarsi (2). Per ciò che riguarda questa differenza tra il prezzo vile e il prezzo non vero, e la confutazione dello errore di Duvergier e di Zachariae, rimandiamo i lettori alle osservazioni fatte da noi sotto lo art. 1592 (1437), n. III (3).

IV. — *Consensus*. Nulla oltre a quello che abbiam detto bisogna aggiungere parlando del consenso in materia di locazione: esso costituisce l'essenza del contratto il quale si forma sempre col *consensus duorum in idem placitum* (4): affinchè l'atto sia valido, esso deve esser dato da una persona capace, e che agisca nei limiti della sua capacità. Così il tutore non

(1) Troplong (n. 93); Rig., 20 dic. 1837 (Dev., 38, 1, 91). — Taulier (VI, p. 206); Jousselin (*Serv. d'utilità pubblica*, II, n. 53); — Cassaz., 4 genn. 1844; Cassaz., 26 nov. 1845 (Dev., 44, 1, 723; 46, 1, 240). — Dopo questo fatto, ed altri non pochi, che cosa bisogna pensare di questa asserzione di Troplong che, « quando si parla di opposizione tra le due camere dei ricorsi e civile, *non si sa quel che* si dice (*Contr. di matrim.*, t. IV, p. 459) »? Vedansi inoltre su questo oggetto, intorno alla differente maniera di giudicare delle due camere, le nostre osservazioni nella *Rivista critica* (t. I, p. 458-460, e t. II, p. 67).

(2) Rouen, 21 maggio 1844 (Dev., 44, 2, 653).

(3) *Vedi* pure il nostro lavoro nella *Rivista critica* (t. I, p. 24). — *Vedi* inoltre Bordeaux, 2 luglio 1847 (Dev., 48, 2, 247).

(4) Però il consenso deve versare non solo sulla cosa e sul prezzo, ma anche sulla durata dello affitto, poichè questa è un elemento essenziale. Douai, 5 agosto 1852 (Dev., 53, 2, 188).

uò prendere in affitto i beni del minore enza previa l'autorizzazione del consiglio i famiglia; così ancora il medesimo tu- ›re, il minore emancipato, l'usufruttuario, l marito per gli immobili della moglie, on possono consentire dei fitti per un empo maggiore di nove anni, ec. (ar- icoli 450, 481, 595, 1429, 1430, 1718, (373, 404, 520, 1400, 1401, 1564, ec.) (1).

Ma devesi pure annoverare fra le persone capaci di consentire la locazione di un immobile, il proprietario apparente con cui un locatario abbia contratto di buona fede? Duranton (XVII-135), Championnière e Rigaud (IV-3097) e Duvergier (I-82 e 331) rispondono del no; ma la loro dottrina ci sembra troppo severa e contraria per altro al pensiero del legislatore. La locazione non è un atto di alienazione, ma un semplice atto di amministrazione, ed anche prima del nostro Codice, quando riguardavasi con meno favore il locatario, Domat e Pothier insegnavano che il vero proprietario dovesse rispettare i fitti consentiti dal proprietario apparente, il quale riputavasi a tale oggetto come mandatario legale del vero proprietario. Il legislatore conobbe la necessità di dovere derogare ai principî per l'interesse generale; e per questo ha sanzionato che gli affitti consentiti da un compratore col patto di ricompra, e in generale, come riconoscono gli scrittori e la giurisprudenza, da qualunque persona che sia proprietaria sotto una condizione risolutiva, restano validi dopo l'esercizio della ricompra (art. 1673 (1519)) o lo adempimento della condizione risolutiva, mentre che si reputano come non avvenuti tutti i dritti reali concessi nel medesimo caso. E come mai si potrebbe presumere che l' idea di Pothier non debba ammettersi sotto il Codice, il quale, come appresso vedremo sotto l'art. 1743 (1589), tratta il locatario con maggior favore (2)?

V.—La locazione ha molte relazioni coll'usufrutto: il dritto del locatario che gode per un periodo di nove anni del podere da me locatogli, ha certamente una grande analogia col dritto di colui a cui concedessi l'usufrutto del podere pel medesimo termine: ciò nondimeno esistono fra i due casi varie differenze, che abbiamo altrove indicato, e fra le quali la prima, perchè feconda di importanti conseguenze, è questa, che l'usufruttuario è investito di un *dritto reale* che lo mette in relazione diretta colla cosa di cui egli ha il godimento per se stesso, mentre che il locatario ha semplicemente il *dritto personale* di costringere il locante a farlo godere della cosa. Il presidente Troplong ha fatto sforzi, degni di una miglior causa, per combattere questa verità, e stabilire che la mutazione introdotta nel nostro dritto dall'articolo 1743 (1589) ha fatto diventare reale il dritto del locatario, carattere che non aveva prima del Codice Napoleone; ma è questo manifestamente un errore, combattuto a ragione dagli scrittori e dalle decisioni (3), e che noi altrove abbiamo sufficientemente confutato, tanto che non crediamo più necessario ritornarvi (*vedi* articoli 526 (449)-V, 578 (503)-II, 595 (520)-I).

Ci riportiamo egualmente a ciò che abbiam detto sotto l'art. 526 (449), n. III, intorno alle locazioni *enfiteutiche*, *à domaine congèable*, arendita *prediale*, *à complant*, e alle altre, che, sebbene molto in uso nell'antico

(1) *Vedi* Cass., 15 giugno 1842; Parigi, 23 febbraro 1849 (Dev., 42, 1, 838; 49, 2, 145).

(2) Domat (*Locazione*, sez. 1, n. 6); Pothier (n. 20); Merlin (*Rep.* alla par. *Affitto*, § 2, 7); Delvincourt (t. III); Dalloz (n. 4); Troplong (n. 98). Per il caso della condizione risolutiva, Toullier (VI-567); Duranton (XVII-134); Duvergier (I-83); Troplong (n. 100).—Parigi, 19 maggio 1835; Parigi, 11 maggio 1839; Rig., 30 marzo 1842 (Dev., 35, 2, 102; 39, 1, 307, e 2, 337; 42, 1, 171).— La decisione della camera dei ricorsi [del 19 novembre 1838 Dev., 39, 1, 307), che Troplong riferisce distesamente, pretendendo che essa giudichi *positivamente ed implicitamente* (pag. 276-282) la nostra quistione del proprietario apparente, le è affatto estranea, poichè giudica semplicemente sulla validità, evidente in fatto, di una locazione che, avendo per oggetto una vetreria le cui produzioni *erano messe in società*, era stata consentita da uno dei comproprietarî e consocî che era *il gerente di essa società*.— Vedi inoltre Cass., 4 giugno 1844 (Dev., 44, 1, 723).

(3) Rig., 14 nov. 1832; Caen, 21 genn. 1848.— *Vedi* appresso, il nostro art. 1743 (1589).

dritto, ed anche oggi praticate qualche volta, pure debbonsi reputare ora vendite, ora semplici locazioni, per effetto delle leggi del 1789 e 1790 (1).

SEZIONE PRIMA.

DELLE REGOLE COMUNI ALLA LOCAZIONE DELLE CASE E DEI BENI RUSTICI.

I. — Questa prima sezione, tolto l'articolo 1718 (1564) che è stato precedentemente spiegato, si divide in sei parti che trattano successivamente: 1° della forma e della pruova della locazione (art. 1714-1716 (1560-1562)); — 2° delle sullocazioni (art. 1717 (1563)); — 3° delle obbligazioni del locante (articolo 1719-1727 (1565 1573)); — 4° delle obbligazioni del locatario (art. 1728 1735 (1574-1581)); — 5° del tempo in cui finisce la locazione e della tacita riconduzione (articolo 1736-1740 (1582-1586); — 6° infine, delle cause per cui si scioglie la locazione (art. 1741-1751 (1587-1597)).

1. Della forma e della pruova della locazione.

1714 (1560). — Le locazioni si possono fare o con iscrittura o verbalmente.

1715 (1561). — Se la locazione fatta senza scrittura non ancora si sia cominciata ad eseguire, ed una delle parti la impugni, non può farsene la pruova per mezzo di testimoni, comunque sia tenue il prezzo, e quantunque si alleghi di essersi date le caparre.

Può solamente deferirsi il giuramento a colui che nega la locazione.*

1716 (1562). — Quando vi sia controversia sul prezzo della locazione verbale che si è cominciata ad eseguire, e non esiste una ricevuta che lo dimostri, il locatore potrà provarlo col suo giuramento, se il fittaiuolo non prescelga di domandare la stima per mezzo dei periti; nel qual caso le spese della perizia rimangono a carico dello stesso fittaiuolo, se la stima eccede il prezzo che egli abbia dichiarato.

SOMMARIO.

I. L'articolo 1714 (1560) si applica a qualunque specie di locazione; secus *dei due altri articoli.*

II. La locazione verbale d'immobili non può mai provarsi per testimoni, vi sia pure un principio di pruova per iscritto: errore di Duvergier e di Zachariae. — Può solo deferirsi il giuramento all' avversario o farlo interrogare sopra fatti e circostanze: risposta a Troplong.

III. L'allegazione contraddetta da un principio di esecuzione non permette la prova per testimoni, sia che la somma fosse minore o maggiore di 150 fr.: errore di Troplong; altro più grave di Duranton. — Se la locazione è riconosciuta, il prezzo o la durata non possono nemmeno provarsi per testimoni. Secus *delle altre condizioni quando si tratta di una somma maggiore di 150 fr., o quando vi sia un principio di prova per iscritto. — I fatti allegati che non possono provarsi con testimoni come fatti di esecuzione di una locazione, possono provarsi in tal modo sotto altri rapporti*

IV. Rimando per le promesse di locazione. L'effetto delle caparre importa sempre nel caso di locazione una quistione d'intenzione.

(1) *Vedi* per gli schiarimenti; Duvergier (139 e seg.); Troplong (30 e seg.).

* Una dichiarazione giudiziaria fatta dal conduttore, e che non sia stata contraddetta dal locatore, forma pruova di un affitto verbale e della sua durata. C. S. di Napoli, 4 sett. 1852.

. — Gli scrittori tutti riconoscono che
rimo di questi tre articoli, sebbene po-
sotto la rubrica *delle locazioni delle*
e e dei beni rustici, si applica nondi-
no a qualunque specie di locazione, sia
nobili che di immobili, sia di opere che
cose; al contrario gli altri due articoli
bono applicarsi unicamente alle loca-
ni indicate dalla rubrica. Infatti, nello
. **1714** (1560) altro non contiensi che
principio di dritto comune, che esiste-
be sempre indipendentemente da esso
icolo; avvegnachè in forza dei principî
ierali qualunque specie di locazione, del
i che qualunque altra convenzione, possa
marsi verbalmente o con iscrittura, se
testo speciale non lo vieti. Ma negli
ri due articoli **1715** e **1716** (1561 e
62) contiensi una eccezione a questi prin-
i generali, una derogazione al sistema
ierale delle pruove; sicchè non si pos-
io estendere oltre ai casi per cui furono
tati. Non v'ha dubbio che sarebbe pari-
nte utile applicarli anche alle altre lo-
ioni, poichè il motivo per cui sono stati
itti (cioè il desiderio di evitare spese di
per oggetti alle volte di poco rilievo,
li far finire prontamente un litigio in
teria spesso urgentissima) esiste sempre
to nelle locazioni di servigî e di mobili,
in quelle delle cose e dei fondi rustici;
n v'ha dubbio nemmeno che nel primo
ogetto del nostro titolo, questi articoli
no posti sotto una rubrica più larga,
r cui potevano applicarsi a qualunque
cie di locazione; e che dipoi, in con-
guenza di altre idee, fu mutata la rubri-
(1); ma ciò non toglie che le disposi-
ni di essi articoli deroghino al dritto co-
ne, e che quindi debbano applicarsi
e sole locazioni per cui furono stabilite,
è alle locazioni delle case e dei fondi
stici (2).

Gli scrittori però non son più di accordo,
me ora vedremmo, nello stabilire il vero
nso e lo intendimento di essi articoli.

II. — Se la locazione di una casa o di un fondo rustico fatta senza scrittura, e che ancora non si sia cominciata ad eseguire, sia impugnata da una delle parti, la legge, derogando al principio secondo cui qualunque convenzione per una somma non maggiore di 150 fr. può provarsi per testimoni, ha vietato questo mezzo di pruova, comunque sia tenue il prezzo allegato della locazione; l'unico spediente accordato dall'articolo **1715** (1561) è di deferirsi il giuramento a colui che niega la convenzione.

A questo punto sorge una prima difficoltà. La legge, permettendo di deferirsi il giuramento, intende rigorosamente escludere qualunque altro mezzo di pruova, o si deve ammettere anche la facoltà di interrogare l'avversario sopra fatti e circostanze? Troplong (I-111) ed un'antica decisione della Corte di Rennes (6 ag. 1812) hanno seguito la prima idea; ma noi la crediamo troppo esagerata. Secondo Troplong « l'art. **1715** (1561) è troppo preciso perchè possa mettersi in dubbio il suo significato così rigoroso; invano, egli dice, si invoca l'art. 324 (418) Cod. proc. il quale permette *in tutte le materie* l'interrogatorio sopra fatti e circostanze, mentre il nostro articolo vi deroga espressamente. Per altro gli scrittori riconoscono che lo art. 2275 (2181 M), il quale permette di deferirsi il giuramento, non autorizza l'interrogatorio, e nondimeno questo articolo è dettato meno ristrettamente che il nostro. » E pure noi crediamo poco soddisfacenti tutte queste ragioni di Troplong; la quistione riducesi a questo solo punto, cioè se le parole del nostro articolo: « può *solamente* deferirsi il giuramento », debbano spiegarsi come dettate in opposizione allo interrogatorio, o solo in opposizione alla pruova testimoniale che qui non ha luogo; parimente è inesatto dire che il nostro articolo *deroghi espressamente* alla disposizione dello art. **324** (**418**) Codice proc. Infine, neghiamo rotondamente che gli scrittori siano d' accordo in quanto all' artico-

1-2) Fenet (t. XIV, p. 218 e 246); Delvincourt III); Duranton (XVII-52); Duvergier (I-14); Troplong (I-110).

lo 2275 (2181 M) : fra tutti gli scrittori, crediamo che il solo Troplong sia d'accordo con se stesso (poichè egli non ne cita neppur uno sotto il n. 995 *della Prescrizione* a cui rimanda) ; e per altro egli è in opposizione con Toullier (X-54) e Duranton (XIII-434). La quistione dunque rimane la medesima ; non è affatto provato che l'articolo 324 (418) Codice proc. non possa applicarsi ; or siccome esso articolo permette l' interrogatorio *in qualunque materia*, cioè tanto per quelle che non possono provarsi per testimonî quanto per le altre, siccome infine l' interrogatorio come il giuramento , non offre molte complicazioni, nè dà luogo a molte spese, noi dunque crediamo esatta l'opinione generale che lo dichiara permesso in questo caso (1).

La prova per testimonî non può ammettersi quando pure vi sia un principio di prova per iscritto ; la contraria dottrina di Duvergier (I-267) e di Zachariae (III, pagina 6) è stata a ragione rigettata da tutti gli scrittori e dalla giurisprudenza. Ammettere una pruova per testimonî perchè vi sia un principio di prova per iscritto, sarebbe un ritornare per tal caso alle regole generali intorno alla prova, ed il legislatore ha dichiarato formalmente di derogarvi (2). La disposizione del nostro articolo fu dettata per andare spediti in questa materia, e per evitare quanto più le spese ; or questo scopo non si otterrebbe, ammettendosi la prova testimoniale perchè preceduta da un principio di prova scritturale ; avvegnachè in questo caso, come quando non vi sia alcuna scrittura , si debbe necessariamente perdere molto tempo e fare di molte spese (3).

Non così però se si provasse essere esistita una scrittura, la quale siesi disp[...] per un avvenimento di forza maggiore, [...] tal caso la prova testimoniale potrebbe [...] mettersi; poichè non si tratterebbe p[...] una eccezione al nostro articolo, il q[...] è dettato unicamente per le locazioni [...] *senza scrittura*, mentre qui vi è la s[...]tura. Sarebbe necessario in tal caso, c[...] è naturale, che il reclamante provi a[...] posseduto un atto che comprovava la s[...]tura , che egli sia stato vittima del [...] avvenimento di forza maggiore, e che [...] esso abbia perduto l'atto: fatta questa [...]plice prova, egli potrà per mezzo di [...]stimonî provare la convenzione impug[...] dall'avversario (articolo 1348 (1302), [...]mero V).

III. — Se la locazione verbale siasi [...]minciata ad eseguire (o se, anche non e[...]guita, sia stata riconosciuta o confessat[...] tanto che la lite versi sulle condizioni del[...] locazione, e non sulla sua esistenza, la leg[...] divieta anche in tal caso la pruova per t[...]stimonî. Il tempo della locazione è sta[...] stabilito dalla medesima legge negli ar[...]coli 1736 e 1774 (1582 e 1620), rip[...]tandosene all'uso dei luoghi per le locazi[...] delle case ; e pei beni rustici , al temp[...] che è necessario affinchè il conduttore r[...]colga tutti i frutti del fondo locato. Se [...] sia controversia intorno al prezzo della lo[...]cazione, bisognerà riferirsene alle quietan[...]ze ; in mancanza di che si dovrà prestar [...] fede al giuramento del proprietario, se il [...] locatario non prescelga di domandare una [...] perizia ; però in quest'ultimo caso egli dovrà esser condannato alle spese, se la stima [...] sia maggiore del prezzo da lui dichiarato (4). Infine se la quistione versi sopra altre condizioni della locazione , che non [...]

(1) Duranton, (XVII-53) ; Carrè, (quist., 1226) ; Berriat (alla parola *prezzo* , I , pag. 312), Dalloz (alla par. *Interrogatorio*, Bruxelles, 13 feb. 1813; Trib. di Rouen, 5 giugno 1843 (*il Dritto* del 13).

(2-3) Fenet (XIV, p. 322 e 351); Duranton (XVII-54); Curasson (p. 278); Troplong (II-112); Taulier (VI, p. 221); — Caen, 23 marzo 1840 ; Rouen, 19 marzo 1841 (Dall., 40, 2, 204; Dev., 41, 2, 468).

(4) Per verità è molto severo far pagare le spese al locatario per ciò solo che la stima sia maggiore del prezzo da lui dichiarato; e alle volte potrà essere molto iniquo , poichè la stima , sebbene ecceda per poco il prezzo da lui dichiarato , potrà essere molto minore del prezzo allegato dal pro[...]prietario. Ma non ci par questo un motivo suf[...]ciente per dire, come ha fatto Duranton (XVII-5[...] che il giudice allora potrebbe non attenersi a q[...]sta regola. Il magistrato , come il commentat[...] devono applicare la legge tale quale, fosse bu[...] o cattiva , *dura lex* , *sed lex*. L' unico sped[...] che potrebbe adottarsi da un locatario , onde e[...]tare cotesta disposizione e lasciar libero il giu[...] di pronunziare secondo coscienza la condann[...] spese, sarebbe il domandare la perizia senza [...]chiarare il prezzo, allegando soltanto esser in [...] a quanto pretende il proprietario.

no regolate nè dal Codice nè da una sposizione generale, nè dall'uso dei luoi, in tal caso non si dovranno più applicare le disposizioni eccezionali dei nostri articoli 1715 e 1716 (1561 e 1562), bensì ritornerà al dritto comune, e quindi si potrà ammettere la prova per testimonî se somma della locazione non ecceda la somma di 150 fr., o, se ecceda, quando vi sia un principio di prova per iscritto (1); però i 150 fr. dovranno computarsi non sulla pigione di una annata, ma per tutte le annate in cui duri la locazione, poichè appunto dall'intera durata vien determinata l'importanza della lite (2).

Abbiam detto che la pruova testimoniale non deve ammettersi, per una somma maggiore o minore di 150 fr., sia che si faccia quistione intorno alla sua durata, o anche alla sua esistenza. Nondimeno alcuni scrittori insegnano il contrario : Duranton (XVII-56) dice doversi ammettere la prova per testimonî per attestare la durata della locazione verbale eseguita o altrimenti riconosciuta, come anche la sua esecuzione (e quindi la sua esistenza) sia la somma maggiore o minore di 150 franchi; e Troplong (I-115), che non vuole spingersi tant'oltre, dice potersi provare per testimonî, almeno fino alla somma di 150 fr., la esecuzione, e quindi la esistenza della locazione verbale. Però son queste due inesattezze, la seconda delle quali , sebbene meno grave della prima, ma come questa evidente, è stata con buona ragione condannata dalla Corte di cassazione.

Il sistema di Duranton si fonda sopra un ragionamento falsissimo. E pure , secondo dice il dotto professore, la soluzione sarebbe *inoppugnabile*. « L'articolo 1715 (1561), così egli, la stabilisce CHIARAMENTE , DICENDO *che la prova per mezzo di testimonî della esistenza di una locazione può farsi quando siasi cominciata ad eseguire* ». Ma al contrario l'articolo nulla dichiara di tutto questo: esso dice che la locazione *non eseguita* non può provarsi per testimonî; nulla dice della locazione *eseguita*, la quale rimarrebbe soggetta ai principî generali , se la disposizione dell'articolo seguente , che è affatto contraria al sistema di Duranton, non vi derogasse... L'art. 1715 (1561) non fa cenno della locazione eseguita, ed è per questo che alcuni seguaci della dottrina di Duranton, pretendendo sostituire un ragionamento più plausibile alla gratuita asserzione del dotto professore, han detto : Poichè l'articolo divieta la pruova testimoniale per la locazione non eseguita, esso dunque implicitamente l'ammette per quella eseguita. Ma chi non si accorge della debolezza di tale argomento? come non vedere, che ove pure non sorgesse dallo art. 1716 (1562) la contraria soluzione, si sarebbe dovuto applicare il *dritto comune* , atteso il silenzio dell'art. 1715 (1561)?

Or secondo il dritto comune la pruova per testimonî può ammettersi fino alla somma di 150 fr., e non oltre. Infatti, come non si è potuto comprendere che l'art. 1715 (1561) , il quale appunto è stato dettato per restringere le regole del dritto comune intorno alla pruova testimoniale delle convenzioni, non poteva, nella nostra ipotesi, estenderle, contraffacendo a tutti i principî? Per altro questo sistema è rigettato da una costante giurisprudenza (3).

Ma non solamente deve rigettarsi la dottrina di Duranton, sibbene anche quella di Troplong; la prova testimoniale di una locazione verbale che l'uno pretende essere stata eseguita, mentre l'altro ne nega l'esistenza, non può ammettersi mai, sia la somma maggiore o minore di 150 fr. Da un canto infatti, l'art. 1716 (1562), supponendo una locazione verbale riconosciuta , intorno al prezzo della quale si fac-

(1) Caen, 31 genn. 1848 (Dev., 48, 2, 151).

(2) Boiceau (cap. 14, n. 304); Danty (*Aggiunte*, n. 4); Duvergier (I-15); Zachariae (III, p. 5); Troplong (I-116);—Parigi, 6 apr. 1825.

(3) Toullier (IX-32); Duvergier (I-258); Troplong (I-115); Bruxelles, 20 nov. 1810; Parigi , 6 aprile 1825; Bordeaux, 20 nov. 1826; Bordeaux, 19 gennaro 1827; trib. di Montpellier, 1 sett. 1830 ; Limoges , 30 luglio 1836 ; Nîmes , 1 agosto 1836 ; Cass. 14 genn. 1840 ; Bourges, 14 maggio 1842 (Dev., 33, 1, 557; 36, 2, 427; 38, 2, 125; 40, 1 , 5; 43, 2, 29).

cia quistione, divieta anche di stabilirlo colla pruova per testimoni; or se questa prova è vietata quando trattasi solo di una condizione della locazione, che diremo quando mettesi in quistione l'esistenza medesima della locazione? D'altra parte, questo vero sorge fulgidissimo dal ravvicinamento dei due articoli 1715 e 1716 (1561 e 1562). Esaminando attentamente l'ordine delle idee del legislatore, e ponendole tutte in armonia, si vedrà chiaramente che egli intende prevedere due casi che comprendono tutte le possibili ipotesi: o la locazione è allegata dall'uno e impugnata dall'altro, e questo è il caso dell'art. 1715 (1561); o è riconosciuta dalle due parti, e si faccia quistione intorno alle sue condizioni, e questo è il caso dell' art. 1716 (1562). Quando l' art. 1715 (1561) parla di una locazione che *non sia cominciata ad eseguire* e che sia impugnata, quando lo art. 1716 (1562) parla di una locazione che *si è cominciata ad eseguire*, essi intendono parlare di una esecuzione certa, riconosciuta come tale, e non di fatti che l'uno pretende e l'altro nega costituiscano una esecuzione: quando una parte sostiene che si sia eseguita la locazione, e l'altra affermi il contrario (negando i fatti, o pretendendo che essi siano compiti per altro titolo, diverso da quello di locante o locatario), allora non si potrà dire che la locazione *siasi eseguita*, ma *semplicemente* che *se ne alleghi l' esecuzione* da una parte e si impugni dall'altra... Ed appunto perchè l'art. 1716 (1562) (non che l'art. 1715 (1561)) intende parlare di una esecuzione certa, riconosciuta, comincia dall' idea di una controversia sul prezzo, senza affatto parlare di quistione sull' esistenza della locazione, la quale allora sarebbe impossibile. . . E che questo sia il pensiero dei nostri articoli, sorge chiaro dal rapporto al Tribunato. Dapprima si espone questa idea generale, che comprendeva i due articoli: *quando non esiste scrittura, il contratto non può provarsi* con testimoni; poi, passando successivamente alle due idee opposte dei due articoli, il rapporto ci presenta come oggetto dell'art. 1715 (1561) il caso di una locazione *impugnata da una delle parti*, e come oggetto dell'art. 1716 (1562) quello di una locazione *riconosciuta* (1). Ciò posto, è evidente che quando una parte pretende provare la esecuzione di una locazione, impugnata dall'altra, quando trattasi di una pretesa locazione *non riconosciuta*, si dovrà applicare a questo caso l'art. 1715 (1561), e non mai l' art. 1716 (1562); per cui la pruova per testimonî è formalmente vietata, comunque sia tenue il prezzo. . . Ed è invero curioso che Troplong abbia sconosciuto coteste idee, mentre la decisione di cassazione del 1840, invocata da lui (n. 113) contro la dottrina di Duranton, condanna la sua in modo decisivo, dicendo con buona ragione, « che gli art. 1715 e 1716 (1561 e 1562) si applicano al caso *in cui la esecuzione non sia impugnata*, e che ammettendosi a provare con testimonî fatti considerati come principio di esecuzione di una locazione verbale, ciò implicherebbe *la pruova per testimonî della locazione medesima*, pruova che la legge ha proibito espressamente (2) ».

Però, se è vietato provare per testimoni fatti considerati come esecuzione di una locazione, si possono bensì provare in sè stessi, per cavarne qualunque altra conseguenza indipendentemente dalla locazione. Così, io non potrei provare per testimoni che voi avete fatto pascolare le vostre vacche nel mio terreno come locatario, ed in forza di una locazione verbalmente stabilita, ma potrei bensì provare con quel mezzo il fatto del pascolo per farmi pagare da voi un risarcimento.

IV. — Siccome avviene per la vendita, così anche può stipularsi una promessa, semplice o reciproca, di locazione, la quale promessa, secondo i casi, può va-

(1) Fenet (XIV, p. 322-323); Cass., 14 gen. 1840; Bourges, 14 maggio 1842 (Dev., 40, 1, 5; 43, 2, 29).

(2) Boiceau e Danty (cap. 14, n. 2); Jousse (*Ord.* del 1667, t. 20, art. 4); Charondas (cpa. 52); Toullier (IX-32); Troplong (I-114); Nîmes, 1 ag. 1836; Orléans, 12 febbraro 1842; Rig., 28 marzo 1842 (Dev., 38, 2, 125; 42, 1, 459).

lere come una semplice pollicitazione, o costituire un contratto unilaterale o sinallagmatico. Per questo caso debbonsi applicare, *mutatis mutandis*, le regole da noi spiegate sotto l'art. 1589 (1434).

La legge non stabilisce alcuna regola in quanto alle caparre che possono accompagnare una locazione, o una promessa di locazione; sicchè il magistrato dovrà esaminare come un punto di fatto, come quistione d'intenzione, e deciderà in tutti i casi secondo le circostanze, se le caparre siensi date come indizio della facoltà di disdirsi, o della irrevocabilità della convenzione, o come un semplice a buon conto del prezzo pattuito, o infine con questi due ultimi caratteri (*vedi* art. 1590 (1435)) (1).

2° Delle sullocazioni e cessioni di locazioni.

1717 (1563). — Il fittaiuolo ha il dritto di sublocare, ed anche di cedere il suo affitto ad un altro, quando tal facoltà non gli sia stata interdetta.

Gli potrà essere interdetta in tutto o in parte. Questa clausola è sempre di stretto dritto.*

SOMMARIO.

I. Differenza tra la cessione e la sullocazione. Inesattezza di Troplong. Il locatario può fare l'una e l'altra, purchè non leda il locante.

II. Egli non lo può se una clausola speciale glielo inibisca. La proibizione di sullocare importa quella di cedere, e viceversa. La proibizione pura e semplice di sullocare si applica alla sullocazione parziale: errore di Duvergier. Secus *del divieto di sullocare per intero.—Il divieto non riguarda il domestico del locatario, nè l'amico a cui egli presterebbe il suo appartamento: errore di Duvergier.*

III. La contravvenzione dà luogo allo scioglimento; però questo scioglimento deve esser pronunziato dal giudice, il quale secondo i casi può accordarlo o negarlo. Inoltre cessa il divieto, se il proprietario consenta alla sullocazione o cessione.

I. — Il dritto di godimento conferito da una locazione non è esclusivamente proprio della persona del locatario, ma può trasmettersi ai suoi eredi, esser sequestrato dai suoi creditori, i quali potrebbero anche impossessarsene se torni loro conto, e cedersi dal medesimo locatario ad un terzo, in tutto o in parte.

Questa trasmissione può operarsi in due modi: o con una cessione totale o parziale della locazione, o con una semplice sullocazione parimente totale o parziale. Colla cessione propriamente detta, il terzo prende assolutamente il luogo del locatario cedente, acquistando nè più nè meno i dritti di costui; sicchè il titolo dell'uno diventa il titolo dell'altro: e se per clausole speciali della locazione si siano estesi o ristretti i dritti ordinarî di qualunque locatario, il secondo locatario dovrà sostenere nè più nè meno tutte le restrizioni, e godere delle estese facoltà stipulate nella prima locazione. Per l'incontro, nella sullocazione, il terzo non diventa locatario del proprietario, sibbene del primo locatario: in faccia a costui egli non può pretendere maggiori dritti di quelli che la legge ha accordato a qualunque locatario (tranne non vi sia una contraria convenzione, espressa o tacita); sicchè egli non sarà obbligato a sopportare le restrizioni al dritto comune accettate dal primo locatario, come nemmeno può invocare le estensioni che questi avesse stipulato col proprietario. Per esempio, se

(1) Parigi, 13 genn. 1845 (Dev., 46, 2, 163).

* La nullità del contratto di subaffitto, nel caso che questo sia stato vietato, può essere provocata dal solo locatore, e non già puranche dal conduttore, C. S. di Napoli, 4 ag. 1838.

il locatario di un fondo rustico, perduta per caso fortuito una metà del ricolto, sullochi il fondo in tutto o in parte, senza dir nulla intorno alla perdita della metà del ricolto, il secondo locatario avrebbe dritto ad uno scemamento di prezzo (art. **1769** (**1615**)), se pure il locatario, nel suo contratto col proprietario, avesse rinunciato a questo dritto; se però in questo medesimo caso si fosse ceduto lo affitto, il secondo locatario non potrebbe nulla domandare, perchè egli si trova nel medesimo posto del primo. Viceversa, se nella locazione di una casa, il locatario abbia stipulato il dritto di potere a suo talento formarne un albergo, il terzo con cui esso locatario avesse contratto, senza dir nulla di questa facoltà, avrà il medesimo dritto in caso di cessione di affitto, e non mai in caso di sullocazione. Cedere un affitto o fare una sullocazione non suonano dunque il medesimo; ed è questo il pensiero del nostro articolo, poichè dice che il fittaiuolo può sullocare ed *anche* cedere il suo affitto. Nella sullocazione, il locatario diviene alla sua volta *locante*; al contrario quando cede il suo affitto, egli fa una cessione, *una vendita* dei suoi dritti; nè sappiam comprendere che Troplong, il quale nel suo num. **129** avea fatto, ma troppo sommariamente, questa differenza, dica poco appresso (n. **134**) che *sullocare* val *cedere* una parte del suo affitto! L' inesattezza è manifesta; poichè la sullocazione può essere totale, e la cessione parziale: quando io vi dò in affitto per **1,000** fr. l'anno il podere che mi era stato locato per **800**, con condizioni diverse, è questa una sullocazione e non una cessione, io sono locante e non venditore: al contrario, se io vi cedo per **4,000** fr. il dritto di godere in mia vece *di metà* degli erbaggi locatimi, io non fo una locazione, bensì una vendita. La cessione dunque è sempre tale, sebbene non versi sull'intero, come la sullocazione è sempre sullocazione, sebbene sia totale; nell'un caso come nell'altro il cessionario acquista (sopra tutto il fondo o parte di esso) i medesimi dritti del cedente; e per l'inco[...] il sullocatario acquista (sull'intiero o su una parte) i dritti speciali conferitigli [...] l'atto di locazione.

Ciò avviene però tra locatario e sull[...]tario, e non per rispetto al locante, il [...] non può vedere scemati i suoi dritt[...] una convenzione che è per lui *res i[nter] alios acta*. Se dunque il locatario a[...] consentito al sullocatario un dritto ch[e] non aveva in faccia al locante; il s[...]tario potrebbe rivolgersi contro il lo[cata]rio, o perchè si procuri questo *dritto* [dal] locante, o perchè lo ristori dei danni [ed in]teressi, od in fine per lo scioglime[nto] della sullocazione, scioglimento che [non] modifica affatto la locazione principale. [Del] resto, finchè ha effetto la nuova convenzi[one] del locatario col terzo, la condizione [del] locante è migliorata, poichè egli può a[gire] contro il terzo, debitore del suo debito[re] quando il suo locatario non lo paga. Per[chè] il primo locatario fosse scaricato d[ella] sua obbligazione, sarebbe necessario [che] il locante consenta espressamente o ta[ci]tamente di rivolgersi per il pagamento d[elle] pigioni contro il novello locatario.

II. — In principio adunque il locat[ario] può sullocare o anche cedere il suo affit[to]; però questa facoltà può essergli tolta [da] una convenzione speciale del contratto [di] locazione; e il nostro articolo ha detto espres[sa]mente che una tale convenzione, di cu[i] già un tempo faceasi poco conto nelle [lo]cazioni delle case (1), dovrà intendersi se[m]*pre come di stretto dritto*, cioè dovrà a[p]plicarsi seriamente dai tribunali tanto nelle locazioni delle case che in quelle dei fondi rustici. Questo per altro è un principio d[i] dritto comune, secondo cui qualunque con[]venzione è legge per coloro che l'hanno stipulata (art. **1134** (**1088**)).

Le quistioni adunque possono vers[are] unicamente sull'intendimento e la estensio[ne] della clausola proibitiva, il che sarà de[ciso] dal magistrato secondo le circostanze. [Di]ciamo soltanto come regola generale, [che] se la proibizione di sullocare importa

(1) Pothier, (n. 283); Denisart (alla parola *Appigionare*); Bourjon (II, p. 42).

citamente quella di cedere lo affitto, ne tutti riconoscono (1), questa pure, neno in generale, deve considerarsi im- car la prima, checchè ne abbiano detto e decisioni delle Corti di Angers e di niens (2). Non v'ha dubbio che la ces- ne dello affitto val più di una sulloca- ne, come qui sopra abbiam detto; ma remmo pure che ciò avviene tra il loca- io ed il terzo, e non per rispetto al lo- nte, per cui la convenzione del locatario *res inter alios acta*. In faccia a lui una ssione val quanto una sullocazione: egli pulava il divieto, perchè la sua cosa ri- anesse a colui con cui ebbe contratto, in cui ripose la sua confidenza; ma ccome tanto colla sullocazione che colla essione la cosa passerebbe presso il terzo, jesti due atti adunque, differenti l'uno dal- altro tra il locatario e il terzo, sono i me- esimi per rispetto al locante, sicchè proi- endosi l'uno, si intende implicitamente oibir l'altro (3).

Pertanto le due parole sullocazione e ces- one suonano il medesimo per rispetto al ocante, ed importano, diversamente da quel he avviene tra il terzo e il locatario, qua- unque trasmissione del godimento ad un erzo: ma quale clausola dovrebbe usarsi er proibire la cessione o la surrogazione er *una parte* o per l'intero? Duvergier I-374) e due decisioni (4) giudicano che a proibizione generale di sullocare o di edere non sarebbe sufficiente. Per l'incontro Troplong, il quale crede impossibile che la roibizione pura e semplice possa impor- are anche il divieto di cedere o sullocare n parte, par che creda il medesimo (nu- nero 145, e il *suo sommario*) quando si proibisca di cedere e sullocare in *intero*. Or queste idee son tutte e due inesatte. Da un canto, una clausola che indichi una idea puramente e semplicemente, assolutamen- te, deve avere un significato assoluto; sic- chè il divieto assoluto di cedere o sullo- care comprende necessariamente qualunque sullocazione o cessione, parziale o totale. Ma quando dicasi nell'atto che il locatario non possa cedere o sullocare *per l'intero*, ciò importa che lo potrà in parte: le pa- role *per intero* non possono avere altro significato, ed è a presumersi che Trop- long parlando del divieto di sullocare per *in- tero*, abbia inteso dire semplicemente del divieto *generale* di sullocare.

Un' altra quistione è stata pure contro- versa tra Duvergier (I-367) e Troplong (I-136), cioè se il divieto di cedere o sul- locare, che non riguarda il domestico del locatario o una persona di confidenza ai suoi servizi (poichè il domestico è cosa sua e fa parte della sua casa), possa applicarsi ad un amico del medesimo locatario, cui questi prestasse il suo appartamento. Duver- gier risponde del sì per questi due motivi: perchè si renderebbe facile la frode; e perchè del resto non monta in faccia al locante che il terzo abiti gratuitamente la casa, o che ne paghi la pigione, contrav- venendosi sempre sia nell'uno che nell'al- tro modo alla sua volontà. Troplong so- stiene la opinione contraria, ma non ne as- segna alcun motivo, limitandosi a dire che tale fu pure l'opinione del consolo Cam- bacérès nella discussione al consiglio di Sta- to... Sebbene la quistione ci sembri più delicata di quel che non sembrò forse a Troplong, pure diciamo che debba risol- versi secondo egli dice. Infatti, il pericolo della frode non deve riputarsi mai ostare allo esercizio di un dritto: sicchè ammesso che il locatario possa usare di un tal dritto, spetterebbe al locante provare (con ogni mezzo) la frode che allega, stabilendo pu-

(1) Duranton (XVII-92); Duvergier (I-315); Zachariae (III, p. 17); Curasson (I, p. 356); Troplong (I-133).

(2) Angers, 27 marzo 1817; Amiens, 24 maggio 1817.

(3) Merlin (*Rep.*, alla parola *Sullocazione*); Duranton (XVII-92); Duvergier, (I-376); Troplong, (I-134); Parigi, 28 agosto 1824; 24 febbraro 1825; 18 marzo 1826; 28 marzo 1829; 6 maggio 1835 (Dev., 35, 2, 305). — Noi riproviamo la decisione di Amiens, non perchè, come dice a torto Troplong, abbia detto che la cessione anche parziale sia differente dalla sullocazione, poichè abbiamo sopra dimostrato che questa proposizione è esattissima; bensì per il motivo qui indicato.

(4) Bruxelles, 17 luglio 1821; Parigi, 6 maggio 1835 (Dev., 35, 2, 305).

il locatario di un fondo rustico, perduta per caso fortuito una metà del ricolto, sullochi il fondo in tutto o in parte, senza dir nulla intorno alla perdita della metà del ricolto, il secondo locatario avrebbe dritto ad uno scemamento di prezzo (art. 1769 (1615)), se pure il locatario, nel suo contratto col proprietario, avesse rinunciato a questo dritto; se però in questo medesimo caso si fosse ceduto lo affitto, il secondo locatario non potrebbe nulla domandare, perchè egli si trova nel medesimo posto del primo. Viceversa, se nella locazione di una casa, il locatario abbia stipulato il dritto di potere a suo talento formarne un albergo, il terzo con cui esso locatario avesse contratto, senza dir nulla di questa facoltà, avrà il medesimo dritto in caso di cessione di affitto, e non mai in caso di sullocazione. Cedere un affitto o fare una sullocazione non suonano dunque il medesimo; ed è questo il pensiero del nostro articolo, poichè dice che il fittaiuolo può sullocare ed *anche* cedere il suo affitto. Nella sullocazione, il locatario diviene alla sua volta *locante*; al contrario quando cede il suo affitto, egli fa una cessione, *una vendita* dei suoi dritti; nè sappiam comprendere che Troplong, il quale nel suo num. 129 avea fatto, ma troppo sommariamente, questa differenza, dica poco appresso (n. 134) che *sullocare* val *cedere* una parte del suo affitto! L' inesattezza è manifesta; poichè la sullocazione può essere totale, e la cessione parziale: quando io vi dò in affitto per 1,000 fr. l'anno il podere che mi era stato locato per 800, con condizioni diverse, è questa una sullocazione e non una cessione, io sono locante e non venditore: al contrario, se io vi cedo per 4,000 fr. il dritto di godere in mia vece *di metà* degli erbaggi locatimi, io non fo una locazione, bensì una vendita. La cessione dunque è sempre tale, sebbene non versi sull'intero, come la sullocazione è sempre sullocazione, sebbene sia totale; nell'un caso come nell'altro il cessionario acquista (sopra tutto il fondo o parte di esso) i medesimi dritti del cedente; e per l'incontro il sullocatario acquista (sull'intiero o sopra una parte) i dritti speciali conferitigli nell'atto di locazione.

Ciò avviene però tra locatario e sullocatario, e non per rispetto al locante, il quale non può vedere scemati i suoi dritti da una convenzione che è per lui *res inter alios acta*. Se dunque il locatario avesse consentito al sullocatario un dritto che egli non aveva in faccia al locante; il sullocatario potrebbe rivolgersi contro il locatario, o perchè si procuri questo dritto dal locante, o perchè lo ristori dei danni-interessi, od in fine per lo scioglimento della sullocazione, scioglimento che non modifica affatto la locazione principale. Del resto, finchè ha effetto la nuova convenzione del locatario col terzo, la condizione del locante è migliorata, poichè egli può agire contro il terzo, debitore del suo debitore, quando il suo locatario non lo paga. Perchè il primo locatario fosse scaricato della sua obbligazione, sarebbe necessario che il locante consenta espressamente o tacitamente di rivolgersi per il pagamento delle pigioni contro il novello locatario.

II. — In principio adunque il locatario può sullocare o anche cedere il suo affitto; però questa facoltà può essergli tolta da una convenzione speciale del contratto di locazione; e il nostro articolo ha detto espressamente che una tale convenzione, di cui già un tempo faceasi poco conto nelle *locazioni delle case* (1), dovrà intendersi *sempre come di stretto dritto*, cioè dovrà applicarsi seriamente dai tribunali tanto nelle locazioni delle case che in quelle dei fondi rustici. Questo per altro è un principio di dritto comune, secondo cui qualunque convenzione è legge per coloro che l' hanno stipulata (art. 1134 (1088)).

Le quistioni adunque possono versare unicamente sull'intendimento e la estensione della clausola proibitiva, il che sarà deciso dal magistrato secondo le circostanze. Diciamo soltanto come regola generale, che se la proibizione di sullocare importa im-

(1) Pothier, (n. 283); Denisart (alla parola *Appigionare*); Bourjon (II, p. 42).

3. Delle obbligazioni del locante.

1719 (1565). — Il locatore è tenuto per la natura del contratto, e senza che vi bisogni alcuna speciale stipulazione.

1° di consegnare al fittaiuolo la cosa locata;

2° di mantenerla in istato da poter servire all'uso pel quale fu locata;

3° di farne godere pacificamente il fittaiuolo per tutto il tempo dell'affitto.

1720 (1566). — Il locatore è tenuto a consegnar la cosa in buono stato di riparazione di ogni specie.

Dee farvi durante l'affitto, tutte quelle riparazioni che possono esser necessarie; eccetto tutte quelle che per uso sono a carico dei fittaiuolo.

SOMMARIO.

I. L'obbligazione di consegnare la cosa è essenziale al contratto di locazione. Insieme colla cosa debbonsi consegnare i suoi accessori, tutto in buono stato; ciò è proprio della natura del contratto. In generale, gli accessori di un fondo rustico non comprendono anche il dritto di caccia e di pesca: controversia.

II. La seconda obbligazione del locante è una continuazione della prima, e riguarda un oggetto meno esteso. Varie specie di riparazioni.

III. Osservazioni sulla terza ed ultima obbligazione. Passaggio ai sette articoli seguenti.

I. — Questi due articoli, che han compimento coi sette seguenti che ne sono il corollario, impongono tre obbligazioni al locante: 1° di consegnare al fittaiuolo la cosa locata; 2° di mantenerla in istato da poter servire all'uso pel quale fu locata; 3° di farne godere pacificamente il fittaiuolo per tutto il tempo dello affitto.

Ed in prima il locante deve consegnare la cosa. Questa obbligazione non riguarda solo la natura del contratto, come potrebbe credersi leggendo il testo dell'art. 1719 (1565), ma la sua essenza; poichè è ben manifesto che non può esistere locazione senza la consegna della cosa locata. Il locante non solo deve consegnare la cosa ma anche i suoi accessori, dando il tutto in buono stato: queste due ultime obbligazioni non riguardano la essenza del contratto ma la sua natura; poichè si può benissimo stipulare che il locatario non goderà i tali o tali altri accessori, che prima dipendevano dalla cosa, o anche che egli prenderà la cosa nello stato in cui si trova sebbene non buono. Però è necessario che ciò sia espressamente convenuto: se i contraenti nulla abbiano detto, il fittainolo ha dritto agli accessori della cosa, e può pretendere che il tutto gli sia consegnato in buono stato.

È stato lungamente disputato se fra gli accessori della cosa locata debbasi anche comprendere, nello affitto di fondi rustici, il dritto della caccia. Tre sistemi si sono proposti su tal riguardo. Duvergier (I-73) e Taulier (VI, p. 227) insegnano che questo dritto appartiene sempre al locatario, e non mai al proprietario. Duranton (IV-286) vuole che il proprietario e il fittaiuolo possano esercitarlo tutti e due. Infine secondo la opinione generale si reputa che il dritto appartenga esclusivamente al proprietario, se la cacciagione non sia l'unico fruttato del fondo, o una parte importante (nel qual caso il dritto dovrà senza meno esercitarsi dal solo locatario). Quest'ultima dottrina ci sembra la sola esatta; però all'eccezione indicata bisogna aggiungerne una seconda non avvertita dagli scrittori, e che come la prima è indispensabile come più innanzi vedremo. In generale, e tranne queste due eccezioni, il proprietario esercita il dritto della caccia, se per una speciale convenzione non siasi accordato al solo locatario.

E per vero la caccia altro non è che un

re con presunzioni (articolo 1353 (1307)) che il preteso prestito non è veramente tale. Ma esiste il dritto? Noi crediamo che sì. Il prestito fatto all'amico non è certo una cessione nè una sollocazione, poichè da un canto sarebbe generalmente di una più breve durata, e d'altro canto è solito usarsi maggiore attenzione e cautela quando si usa gratuitamente di una cosa, e non quando la si paga.

Il prestito dunque non è a temersi come la sullocazione o la cessione; e siccome la clausola che proibisce di sullocare o di cedere è una derogazione al dritto comune, che non può quindi estendersi da una ipotesi ad un'altra, si dovrà dunque dire, come ha detto il medesimo Duvergier nel numero 366, che *quando il locatario non sulloca e non cede il suo affitto, non si viola la legge del contratto.*

III. — Se il locatario contraffaccia al divieto, il locante può domandare lo scioglimento (art. 1741 e 1766 (1587 e 1612)); ma questo scioglimento non si opera di pieno dritto, checchè ne abbia detto una decisione della Corte di Colmar, bensì è necessario che sia domandato giudiziariamente (art. 1184 (1137)); sicchè ben a ragione è stato ammesso non doversi pronunziare, se siensi già rimesse le cose nel primiero stato, o se il locatario offra di sciogliere immediatamente la sullocazione. Invano la decisione di Colmar allega che la clausola proibitiva è *di stretto dritto*; poichè la legge dichiara di stretto dritto la proibizione, non già lo scioglimento che può dipoi domandarsi: la convenzione è validissima, essa non deve più riputarsi semplicemente comminatoria come una volta, ma obbliga rigorosamente come qualunque altra convenzione; ma applicandosi ad essa l'art. 1184 (1157), la si riconosce appunto obbligatoria, la si esegue come qualunque altra obbligazione (1).

Il locante non potrebbe più domandare lo scioglimento nè opporsi al proseguimento della sullocazione, se vi avesse consentito, espressamente o tacitamente, prima o dopo che fosse incominciata (2); la convenzione, come qualunque altra, potrebbe provarsi per mezzo di una scrittura o di un principio di pruova per iscritto, se la somma fosse maggiore di 150 fr.; se minore, con tutti i mezzi possibili. Ma che decidere se nel contratto di locazione si fosse detto che il locatario non potrebbe sullocare senza il consenso *scritto* del locante? In tal caso si dovrebbe indagare (è questo un punto di fatto che si deve risolvere secondo i termini dell'atto e le altre circostanze) se quella sia una clausola di stile vana e insignificante, o se al contrario sia la manifestazione di una idea che le parti han voluto positivamente prevedere. In quest'ultimo caso, sarebbe necessaria la scrittura; ma nel primo, si dovrebbe applicare la regola del dritto comune sopra indicata (3).

1718 (1564). — Gli articoli del titolo del contratto di matrimonio e de' dritti rispettivi de' coniugi, relativamente alle locazioni de' beni delle donne maritate, sono applicabili alle locazioni dei beni *dei minori.*

Questa regola è stata di già spiegata sotto gli art. 1429-1430 (1400-1401); in quanto all'ordine di idee in cui essa rientra, lo abbiamo dimostrato più sopra (articolo 1713 (1559), n. IV).

(1) Colmar, 16 agosto 1816.—Duvergier (I-370); Troplong (I-139); Rig., 13 dicembre 1820; Lione, 16 dicembre 1825; Rig., 29 marzo 1837 (Dev., 37, 1, 614).

(2) Duvergier (I-372); Troplong (I-141); Douai, 5 giugno 1841 (J. P., 41, 2, 278).

(3) Troplong (I-141); Amiens, 7 giugno 1838; Rig., 19 giug. 1839 (Dev., 39, 1, 462).

3. Delle obbligazioni del locante.

1719 (1565).—Il locatore è tenuto per la natura del contratto, e senza che vi bisogni alcuna speciale stipulazione.

1° di consegnare al fittaiuolo la cosa locata;

2° di mantenerla in istato da poter servire all'uso pel quale fu locata;

3° di farne godere pacificamente il fittaiuolo per tutto il tempo dell'affitto.

1720 (1566). —Il locatore è tenuto a consegnar la cosa in buono stato di riparazione di ogni specie.

Dee farvi durante l'affitto, tutte quelle riparazioni che possono esser necessarie; eccetto tutte quelle che per uso sono a carico dei fittaiuolo.

SOMMARIO.

I. L'obbligazione di consegnare la cosa è essenziale al contratto di locazione. Insieme colla cosa debbonsi consegnare i suoi accessori, tutto in buono stato; ciò è proprio della natura del contratto. In generale, gli accessori di un fondo rustico non comprendono anche il dritto di caccia e di pesca: controversia.

II. La seconda obbligazione del locante è una continuazione della prima, e riguarda un oggetto meno esteso. Varie specie di riparazioni.

III. Osservazioni sulla terza ed ultima obbligazione. Passaggio ai sette articoli seguenti.

I. — Questi due articoli, che han compimento coi sette seguenti che ne sono il corollario, impongono tre obbligazioni al locante: 1° di consegnare al fittaiuolo la cosa locata; 2° di mantenerla in istato da poter servire all'uso pel quale fu locata; 3° di farne godere pacificamente il fittaiuolo per tutto il tempo dello affitto.

Ed in prima il locante deve consegnare la cosa. Questa obbligazione non riguarda solo la natura del contratto, come potrebbe credersi leggendo il testo dell'art. 1719 (1565), ma la sua essenza; poichè è ben manifesto che non può esistere locazione senza la consegna della cosa locata. Il locante non solo deve consegnare la cosa ma anche i suoi accessori, dando il tutto in buono stato: queste due ultime obbligazioni non riguardano la essenza del contratto ma la sua natura; poichè si può benissimo stipulare che il locatario non goderà i tali o tali altri accessori, che prima dipendevano dalla cosa, o anche che egli prenderà la cosa nello stato in cui si trova sebbene non buono. Però è necessario che ciò sia espressamente convenuto: se i contraenti nulla abbiano detto, il fittaiuolo ha dritto agli accessori della cosa, e può pretendere che il tutto gli sia consegnato in buono stato.

È stato lungamente disputato se fra gli accessori della cosa locata debbasi anche comprendere, nello affitto di fondi rustici, il dritto della caccia. Tre sistemi si sono proposti su tal riguardo. Duvergier (I-73) e Taulier (VI, p. 227) insegnano che questo dritto appartiene sempre al locatario, e non mai al proprietario. Duranton (IV-286) vuole che il proprietario e il fittaiuolo possano esercitarlo tutti e due. Infine secondo la opinione generale si reputa che il dritto appartenga esclusivamente al proprietario, se la cacciagione non sia l'unico fruttato del fondo, o una parte importante (nel qual caso il dritto dovrà senza meno esercitarsi dal solo locatario). Quest'ultima dottrina ci sembra la sola esatta; però all'eccezione indicata bisogna aggiungerne una seconda non avvertita dagli scrittori, e che come la prima è indispensabile come più innanzi vedremo. In generale, e tranne queste due eccezioni, il proprietario esercita il dritto della caccia, se per una speciale convenzione non siasi accordato al solo locatario.

E per vero la caccia altro non è che un

mezzo di distrazione; gli animali che si prendono, sebbene abbiano un determinato valore, perchè vendendosi se ne può ricavare qualche moneta, pure non sono un frutto del fondo, come giustamente dicevasi dalla legge romana; la cacciagione non è un ricolto di frutti, non cosa necessaria alla coltivazione delle terre, ma un semplice esercizio di piacere che, come tutte le cose di diletto una casina situata sul fondo, un giardino voluttuoso che vi è attaccato, fa parte delle riserve del proprietario, senza che sia bisogno indicarlo... Certo il fittaiuolo ha dritto a distruggere gli animali che nuocciono ai suoi ricolti (L. dei 28-30 aprile 1790, art. 15); ma questo dritto non è il dritto della caccia, nè sappiamo comprendere come Duvergier abbia potuto sostenere il contrario. Se il dritto di cacciare e il dritto di distruggere gli animali che arrecano danno fossero la medesima cosa, come pretende il nostro dotto amico, la legge del 1790 non avrebbe potuto, proibendo l'uno *per un determinato periodo dell'annata* (art. 1), dichiarare che l'altro può esercitarsi *in qualunque tempo* (art. 15). La caccia, come giustamente ha fatto osservare Troplong, si esercita sempre, siavi o pur no molta cacciagione, specialmente quando la terra è spogliata dai suoi prodotti, mentrechè il dritto di distruggere gli animali dannevoli può esistere con questa doppia condizione: che vi siano ricolti a preservare, e torme considerevoli di animali che li minacciano. Questi due dritti adunque sono affatto distinti... Inoltre il fittaiuolo potrebbe anche, secondo gli art. 1 e 8, della leg. del 1790, querelarsi innanzi i tribunali dei delitti di caccia commessi nelle terre da lui coltivate, e farsi ristorare del danno cagionatogli; e bene a ragione la Corte di Angers, che avea giudicato il contrario 1826, ha disdetto dipoi la sua falsa dottrina (1). Ma questo dritto non ha che fare col dritto della caccia; e la legge del 1790, condanna tanto il sistema di Duvergier, che quello di Duranton; il che sorge dal ravvicinamento degli articoli 1, 13, 14 e 15, dei quali i primi tre riguardano il dritto di caccia, e l'ultimo il dritto di distruggere gli animali dannevoli. L'art. 1 dice che il dritto di caccia appartiene per un determinato periodo dell'annata *ai proprietari o possessori;* or se la qualificazione di *possessore* appartiene all' usufruttuario (il quale possiede in nome del proprietario in quanto alla nuda proprietà, e in nome suo proprio in quanto al dritto reale di usufrutto), non appartiene punto al locatario; l'artic. 13 permette pure la caccia, in qualunque tempo, nelle proprietà chiuse, *a qualunque proprietario o possessore;* l'artic. 14 la permette in qualunque tempo nei *boschi* e foreste *a qualunque proprietario o possessore*, *che non sia un semplice usuario;* dopo di che l'art. 15, passando dal dritto di caccia al dritto di distruggere gli animali dannevoli, dichiara permesso *in qualunque tempo*, e in qualunque ricolto chiuso *o non chiuso*, distruggere gli animali, ai proprietari o possessori. NON CHE *al fittaiuolo!* Pertanto quest' ultimo dritto appartiene al proprietario, al possessore, *non che* al fittaiuolo, mentre il dritto di caccia appartiene ai due primi soltanto e non a costui; ben a ragione dunque l'opinione comune si è stabilita in questo senso (2).

Questo principio, come dicemmo, soffre due eccezioni: 1. quando la locazione versa appunto sopra un fondo *cujus fructus in ipsa venatione constat*; 2. quando il locatario abbia tolto in affitto il fondo per procurarsi un mezzo di distrazione. Così, quando un proprietario che ha locato il

(1) Angers, 14 agosto 1826; Bruxelles, 6 novembre 1822; Bruxelles, 26 febb. 1826; Angers, 20 genn. 1836; Cass., 9 aprile 1836; Cass., 4 giugno 1845 (motivi); (Dev., 36, 1, 844; 38, 2, 269; 45, 1, 774).

(2) Toullier (IV-19): Merlin (*Quist.*, alla parola *Caccia*, § 3); Favard (alla parola *Caccia*, n. 15); Zachariae, (III, p. 7); Troplong, (I-161); Championnière (*Manuale di caccia*, p. 18); Berriat Saint-Prix (p. 133); Poullain (p. 28); — Parigi, 19 marzo 1812; Angers, 14 agosto 1826; Cass., 12 giugno 1828; Cass., 4 luglio 1845; Grenoble, 19 marzo 1846 (Dev., 43, 1, 774; 46, 2, 468). — *Vedi* pure la L. 26, Dig. *De usuris ed factibus*.

suo podere a Pietro, lochi a Paolo il suo casino, i giardini, i boschetti, i passeggi, insomma tutte le sue riserve, gli è manifesto che Paolo potrà esercitare il dritto della caccia, se non siasi stipulato il contrario, poichè esso fa parte delle riserve. Parimente, se io tolgo in affitto una casa di campagna con un parco che ne dipende, come è chiaro, il dritto della caccia apparterrà a me e non al locante, poichè appunto per procurarmi un mezzo di diletto io ho tolto in affitto quel parco. Ciò con buona ragione è stato giudicato dalla Corte di appello di Parigi (1).

Sarà il medesimo per il dritto della pesca. La dottrina di Troplong (I-163), il quale dice come noi che il dritto della pesca resta *in principio* al proprietario, non avrebbe forse trovato tanti contraddittori, se il dotto magistrato, invece di fare a questo principio l' eccezione unica ed insufficiente del caso in cui la pesca sarebbe uno dei prodotti utili del fondo, una parte del fruttato, abbia ammesso, come manifestamente deve farsi, che il principio soffre anche eccezione, quando sorga dalle circostanze che la locazione sia stata contratta tanto per l'utilità che pel diletto della cosa locata. Così, quando un fondo che traversa una piccola riva, anzichè locarsi per il solo oggetto di coltivarlo utilmente, sia tale da essere occupato come luogo di delizia, non è egli evidente che il locatario avrà dritto all' utile e al dilettevole della cosa locata, e che non gli si potrà impedire il pescare o andare a diporto colla barca, come nemmeno di piantare fiori o arboscelli sulle zolle che circondano la casa. Il principio è giusto, ed è stato con buona ragione proclamato come tale da una recente decisione della Corte di Rouen; ma non si deve esagerarlo, e crediamo che questa medesima decisione (di cui non conosciamo interamente i fatti) lo abbia falsamente applicato (2).

Sotto l'art. 1722 (1568), n. III abbiamo veduto se l'alluvione sopravvenuto nel corso dello affitto debba profittare o pur no al locatario come accessorio della cosa.

Pria di dar fine alle nostre osservazioni intorno alla prima obbligazione del locante, facciamo notare la falsa dottrina di Troplong sulla natura dell'azione *ex conducto* che compete al locatario per costringere il locante il quale non voglia consegnargli in buono stato la cosa e i suoi accessori. Il dotto magistrato insegna (I-170) che questa azione, la quale riputavasi una volta puramente personale e mobiliare, anche per gli immobili, poichè il locatario non aveva alcun dritto reale sovra essi immobili (Pothier, *cose*, § 2), è oggi ,nel caso di immobili, un'azione immobiliare mista.

Sarebbe questa una conseguenzadella sua dottrina intorno alla pretesa realità del diritto del locatario d'immobili. Ma noi abbiamo già confutato (artic. 526 (449)-V, 577 (503)-II, 595 (520)-I) questa grave inesattezza, condannata a ragione dagli scrittori e dalle decisioni (3).

II. — La seconda obbligazione del locante è quella di mantenere la cosa in istato da poter servire all'uso pel quale fu locata. Questa obbligazione non è affatto analoga

(1) Parigi, 17 ag. 1846, dietro sentenza conforme di Versailles (J. P., 46, t. II, p. 556).

(2) Vedi, *contra* questo principio : Proudhon (*Dom. pubb.*, IV-125); Duvergier, (n. 665),—*Conforme:* Troplong. (I-163); Rouen, 13 giugno 1844 (Dev, 44, 2, 329). — Questa decisione, contraria alle conclusioni dell' avvocato generale Chassan, fu profferita tra un proprietario ed un locatario di un opificio, in quanto che il locatario doveva considerare il corso d' acqua come motore di quello ed avuto riguardo alla utilità che ne doveva cavare. Questa idea, intorno al merito della quale nulla sapremmo dir di preciso, potrebbe non essere esatta. Nelle circostanze di Rouen, la maggior parte degli opificî sono addetti per case di abitazione magnifiche ville, circondate da giardini inglesi di una vaghezza incantevole; e se l'opificio di cui facceasi quistione era in questo modo,noi non sapremmo credere che i contraenti abbiano voluto riguardare il corso d'acqua in quanto alla sola sua forza motrice : come dire che i locatarî di siffatte residenze, che sono l'antipodo il più perfetto delle abitazioni dei coltivatori, non abbiano pensato alla parte dilettevole, e voluttuosa della cosa locata? Del resto, sia esatta o pur no l'applicazione di quel principio, noi diciamo che il principio in se stesso è incontrastabile, sebbene tanto si sia quistionato.

(3) Rig., 14 nov. 1832; Caen, 24 genn. 1848.— *Vedi*, appresso, l'art. 1743 (1589), n. I.

alla prima; essa è meno estesa, e l'art. 1720 (1566) indica chiaramente la differenza che corre tra esse due. Quando il locatario si immette nel godimento, il locante deve consegnargli la cosa *in buono stato*, e quindi tutte le riparazioni *di qualunque specie* (§ 1); per l'incontro, durante l'affitto, in quanto al mantenimento della cosa, il locante è tenuto alle sole riparazioni *che non siano quelle che per uso sono a carico del fittaiuolo* (§ 2), il quale dipoi, abbandonando i luoghi, dovrà renderlo in buono stato di riparazioni di questa specie, tranne che non pruovi aver ricevuto la cosa in cattivo stato (art. 1730-1731 (1576-1577)) (1).

Ma quali sono le riparazioni locative che sono a carico del fittaiuolo, e quali quelle che sono oggetto della seconda obbligazione del locante? Nel titolo dell'usufrutto abbiamo parlato della distinzione fra le riparazioni straordinarie e quelle ordinarie; quest'ultime si suddividono in riparazioni di grande o piccola manutenzione (art. 1754 (1600)).

Or quest'ultime solo sono locative; quelle delle due prime classi sono a carico del locante. Del resto questa distinzione non può stabilirsi *a priori* e con una regola generale; sicchè il Codice, anzichè enumerarle singolarmente, che sarebbe stato impossibile, se ne riferisce all'uso del luogo, porgendo semplicemente degli esempi (1754 (1600)).

III. — Infine il locante deve procurare al locatario durante il tempo dello affitto il godimento pacifico della cosa, *farlo godere* di essa cosa, a differenza del nudo proprietario, il quale deve soltanto *lasciar godere* l'usufruttuario. Egli dunque deve godere, cioè compiere tutti i fatti ed atti necessarî per procurargli costantemente il completo e pacifico godimento. e molto più egli deve astenersi da tutti quelli che potrebbero menomamente impedire, scemare o inviziare in checchessia questo medesimo godimento. Così, quegli che mi ha locato un appartamento in una casa occupata da gente civile, non potrebbe dipoi formare un albergo, una casa di giuoco, un lupanare, nè ammettervi gerente che possa rendere l'abitazione della casa incomoda o poco conveniente. Sarebbe altrimenti se il locante si fosse riservato il *dritto di apportare* al godimento del locatario la *tale* o tale altra restrizione: finchè egli resti nei limiti della riserva da lui stipulata, gli è manifesto che il locatario non ha di che dolersi, poichè ciò sta scritto nella sua convenzione.

Continueremo le nostre osservazioni intorno alle tre obbligazioni del locante nei sette articoli seguenti, che, come abbiam detto, dànno compimento ai nostri due articoli.

1721 (1567). — Il fittaiuolo debbe esser garentito per tutti quei vizî o difetti della cosa locata, che ne impediscono l'uso, quantunque il locatore gli avesse ignorati nel tempo del contratto.

Se da tali vizî o difetti ne risulti qualche danno al fittaiuolo, il locatore è *tenuto* a farlo indenne.

I. — Il locante che è obbligato di far godere il locatario, di procurargli libero e intero il godimento della cosa locata, deve quindi garentirlo di tutti i vizî o difetti che impedirebbero l'uso a cui è destinata, li abbia o no conosciuti al tempo del contratto, esistessero allora, o fossero sopravvenuti durante lo affitto. Il locatario in tutti i casi potrebbe per tali vizî chiedere si annullasse lo affitto, e fosse esente dal pagare alcun prezzo. Ma questi vizî debbono essere gravi, non bastando che il godimento ne sia fatto meno piacevole o men comodo di quanto si avrebbe potuto supporre; e nè meno è necessario che per essi divenga impossibile il godimento della cosa; se non

(1) Se sorga da una descrizione dello stato dei luoghi fatta nelle forme regolari che la cosa locata sia stata consegnata in buono stato, il locatario durante lo affitto può pretendere dal proprietario le sole riparazioni che non siano le locative. Rouen, 8 febb. 1853 (J. P., 53, 2, 393). Vedi *infra*, articolo 1730 (1576) e seg., n. I.

può impedire il fumo dei camini della ısa da voi datami in affitto, se il cavallo ıe ho noleggiato per un lungo viaggio, ɔn può camminare che lentamente, io potrò ·scindere il nostro contratto nè sarò teıto ad alcun pagamento (1). Cionondi-.eno non può risolversi il contratto, se il catario abbia avuto conoscenza dei difetti ɜlla cosa; gli è chiarissimo allora che egli ɜ ne sia contentato, onde ottener la cosa er un prezzo minore.

Il secondo paragrafo del nostro articolo ıon è così piano che il primo: è controverso se al locatario, cui i vizi o difetti ella cosa abbiano prodotto alcun danno, ṡano dovuti in ogni caso i danni-interessi, per ciò che è avvenuto il danno, ovvero ıel solo caso che il locante sia in colpa er aver avuto o potuto aver conoscenza ıei vizi. Delvincourt (t. III) ed una deciione dei ricorsi ammettono la prima idea, ıerchè il testo non fa alcuna distinzione, anto più che la legge ha parlato del caso n cui il locante non abbia conosciuto i 'izi.

Noi non potremmo accostarci a tal senenza.

In prima, non ci par fondato l'argomento avato dal ravvicinamento dei due paragrafi lell'articolo; giacchè si potrebbe anche dire he, avendo l'articolo dichiarato espressanente che la sua prima regola debba semıre applicarsi in cui il locante ignorasse vizi, avrebbe fatto, volendo, il medesimo per la seconda, e che dal suo silenzio debba argomentarsi la esclusione. Il testo dunque non è per se concludente; ecco ciò che stabilisce. Da una mano, è principio fondamentale del dritto civile che colui il quale anche col fatto suo ha cagionato un danno ad altrui, è tenuto risarcirlo quando è in colpa (art. 1382 (1366)); principio che dagli articoli 1644 e 1645 (1490 e 1491) trovasi applicato anche alla vendita che ha sì stretta analogia con la locazione; una eccezione, qual sarebbe questa, non potrebbe sorgere che da un testó, ma non mai dal silenzio della legge. Da ultimo così fu sciolta la quistione in Roma e nel nostro dritto antico; nè appare nel Codice, nè nei lavori preparatori che siasi volute immutare una regola tanto equa; anzi Maleville, che fu dei compilatori, ci insegna il contrario, facendo sotto il nostro articolo la seguente osservazione, che « la locazione è governata dalle regole medesime della vendita », e che « per questo si sono qui poste delle decisioni che si trovano nel titolo *della vendita*. » Stimiamo dunque che il locante sia tenuto a risarcire il danno cagionato, quando avrà conosciuto o dovuto conoscere i vizi. Conosciuto o dovuto conoscere, perchè alle volte (come avviene del fabbricante e mercante di oggetti che si danno a nolo) il locante è in colpa per non avere conosciuto i vizi della cosa (2).

1722 (1568). — Se durante l'affitto, la cosa locata venga totalmente distrutta per caso fortuito, il contratto è sciolto *ipso ure*; se è distrutta soltanto in parte, il ittaiuolo può, a norma delle circostanze, domandare o la diminuzione del prezzo, o anche lo scioglimento del contratto. In entrambi i casi, non si dà luogo a veruna indennità.*

(1) Parigi, 15 dicembre 1825, 20 febb. 1843, 9 gennaro 1844, 13 giugno 1849, Angers, 4 agosto 1848 (Dev., 43 2, 125; 44, 2, 79; 49, 2, 471; 48, 2, 378).

(2) *Contr.* Rig. 30 maggio 1837, e Bastia, 7 marzo 1834 (Dev., 37, 1, 602; 54, 2, 165). *Conf.* L. 19, § 1, *loc. cond.* (Dig., lib. 19, t. 2), Domat (lib. 1, tit. 3, sez. 3) Pothier, (n. 116), Duranton, (XVII-63), Duvergier (I-341), Troplong, (I-194), Taulier, VI, p. 230);

* Accordato l'escomputo al conduttore principale, è pur dovuto al subaffittuario ancorchè vi abbia rinunziato. Corte Suprema di Napoli, 20 ap. 1826.

—Non può dirsi che un alluvione non distrugga una cosa locata, un territorio, sol perchè *terra stat in aeternum*. Lo atterramento degli alberi per fatto di un'alluvione costituisce la distruzione della cosa locata nella parte atterrata. Corte Suprema di Napoli 20, maggio 1849.

SOMMARIO

I. Il caso fortuito che distrugge la cosa locata fa cessare lo affitto senza alcun ristoro. Se la distrugge in parte, lo affittaiuolo può domandarne lo scioglimento ovvero uno scemamento di pigione; in quest'ultimo caso egli può pretendere le riparazioni ma non mai i lavori di rifabbricazione: confusione e false dottrine di Duvergier e di Troplong.

II. Il caso fortuito fa anche applicare l'arti- colo allorquando la cosa senza che sia materialmente gravata non è più atta a servire all'uso per cui fu locata. Critica di una soluzione di Troplong e di quella contraria di Duvergier.

III. Approda l' alluvione al fittaiuolo? Controversia.

I. — Questo articolo prevede il caso in cui per una forza maggiore la cosa locata fosse distrutta in tutto o in parte; ma non già il caso in cui può venir meno in tutto o in parte, per la medesima causa, il godimento di essa cosa benchè materialmente sussista. Trattiamo separatamente e l'una appresso l'altra le due ipotesi.

Allorquando per caso fortuito si distrugge la cosa, fa duopo distinguere se lo sia in tutto od in parte. Se in tutto, il contratto sciogliesi di pieno dritto e immediatamente; cessa ogni obbligo dello affittante, e dello affittaiuolo; questi non può costringere l'altro a far ricostruire la cosa, siccome questi non può costringerlo ad aspettare che si rifabbrichi onde continuarsi lo affitto; lo affitto finisce assolutamente senza ristoro, come se fosse spirato il tempo per cui era stato convenuto (art. 1722 e 1741 (1568 e 1587)) (1). Se la cosa è stata distrutta in parte, il locatario può domandare o che si sciolga puramente e semplicemente il contratto, ovvero che resti locatario della parte che sussiste, fatta una diminuzione proporzionale del prezzo di affitto; ma nell'uno e nell'altro caso non può avere nessuno ristoro.

Ma può il locatario, quando vuol continuare nello affitto, pretendere si facciano le riparazioni necessarie perchè potesse convenevolmente servire la parte che tuttavia esiste e che deve esser l'oggetto dello affitto? Duvergier (I.-522 e 523) ammette la negativa come principio certo, e conforme allegasi una decisione di Parigi del 5 maggio 1826 e i motivi di un'altra decisione della medesima Corte dei 12 febb. 1831; laddove l'affermativa è sostenuta da Troplong (II. 219 e 220), il quale dichiara erronei la soluzione della prima e i motivi della seconda. Ma cotesti due scrittori hanno colto nel segno la quistione da risolvere? Certo che no; entrambi sono incorsi in una grave confusione e intorno al punto da decidere e alle idee che vi conducono, e intorno al senso delle due citate decisioni; e noi siam convinti che senza questa confusione si può dare facilmente una soddisfacente soluzione (2). Allorquado una casa è colpita da un fulmine o da altra causa di distruzione possono avvenire tre cose; o che si distrugga per intero, o che si distrugga in parte, o che sia danneggiata. In un certo senso ed assolutamente ogni danno è distruzione, e se cade un camino per un colpo di vento ben si potrebbe dire che la casa siasi in parte distrutta, avvegnachè il camino che si è distrutto sia una parte della casa; ma ciò non sarebbe esatto. E quando, come suppone Troplong, un violento colpo di vento getti a terra i camini, svelga le persiane o rompa le finestre, o una neve straordinaria faccia rovina-

(1) La demolizione ordinata dalla autorità amministrativa per addirizzare una strada costituisce il caso fortuito che fa sciogliere lo affitto innanzi il tempo, non avendo il fittaiuolo azione per danni interessi. Bordeaux 24 dicembre 1833; Parigi, 27 luglio 1850 e 7 luglio 1852 (Pal., 50, 2, 94; 52, 2, 662.—Vedi anche Pont), *Rivista critica*, t. III, p. 272). Vedi pure Bordeaux, 4 genn. 1854 Dev. 54, 2, 316).

(2) È questo anche lo avviso di Pont (vedi Rivista *critica*, t. III, p. 276). — Vedi pure intorno a tale quistione le decisioni esattissime, una della Corte di Parigi, 27 luglio 1850, l'altra della *Corte di* Parigi del 31 maggio 1852 (Pal. 50, 2, 94; 53, e 2. 55

la volta » non si dirà per questo che casa è *distrutta* anche in parte, ma oltanto che sia danneggiata, e i lavori a farsi non saranno nemmeno una *ricostruzione* parziale per rispetto a tutto lo difizio, bensì una riparazione. Se dunque sogna distinguere se la cosa siasi in tutto in parte distrutta, bisogna pur distinguere e siasi in parte distrutta ovvero semplicemente danneggiata; dappoichè i tre casi ono regolati da una legge diversa. Se la osa è in tutto distrutta (per caso fortuito) essa lo affitto; se è distrutta in parte il ocatario può domandare lo scioglimento del ontratto ovvero una diminuzione del prezzo imanendo nella parte che sussiste; ove a cosa sia soltanto danneggiata, nessuna lelle parti può chiedere lo scioglimento, lo affittante solo è obbligato, secondo il numero 2 dell'articolo 1719 (1565) e il paragrafo 2 dell'articolo 1720 (1566), a riparare il danno rimettendo la cosa in buono stato.

Come idee tanto semplici e che farebbero facilmente sciogliere la quistione sopra riferita han potuto non essere scorte da Duvergier e da Troplong? Duvergier confonde così la semplice riparazione di una fabbrica, o di una parte di fabbrica danneggiata con la ricostruzione parziale di una fabbrica in parte distrutta, da prendere come esempio del primo caso una specie che evidentemente appartiene al secondo. Egli dice ben tre volte (p. 534 535) che la dianzi citata decisione del 1826 abbia giudicato che il locatario non può *pretendere sia riparata* la parte non distrutta dello immobile. Ma ciò che fu giudicato con quella decisione, è, che distruttesi dal fuoco due delle tre fabbriche appigionate, chiedeva il locatario che il locante fosse in obbligo di rimettere le cose *nel loro stato primitivo*, cioè di rifabbricare i due edificî bruciati. La sentenza di prima istanza aveva condannato il proprietario a *rimettere i luoghi nello stato primitivo;* ma essa fu riformata dalla Corte di appello di Parigi « atteso che perita quasi del tutto la cosa per caso fortuito, avrebbe potuto solo ordinarsi la riduzione della pigione, se il locatario non volesse più tosto chiedere lo scioglimento ». Ciò secondo Duvergier importa negare *la riparazione* della parte non distrutta !... e in modo anche più strano Troplong dice il medesimo. Difatti egli non solo assevera che tal decisione abbia « rigettato la pretensione di un locatario che secondo lui chiedeva *delle riparazioni* (pagina, 30) » ma censura per fino e dichiara non potersi *prendere sul serio* (pag. 32) cotesta proposizione della decisione del 1833 « che l'art. 1722 (1568) non obbliga il proprietario A RIFABBRICARE *la parte dello immobile distrutta da una forza maggiore* ». Quindi il dotto magistrato, a fin di provare il preteso ridicolo di tal proposizione, ci parla di camini rotti, di persiane cadute, di finestre rotte, di volte rovinate, dandosi a pretendere che secondo la sopraddetta proposizione il locante non fosse obbligato a ristorare siffatti guasti! come se ciò importasse *rifabbricare*, come se non fosse chiaro essere quelle semplici *riparazioni*, da doversi fare secondo gli articoli 1719 e 1720 (1565 e 1566), e che il nostro art. 1722 (1568) toglie l'obbligo al locante di *ricostruire* i fabbricati *distrutti* in tutto o in parte dal caso fortuito, cotalchè la citata proposizione della decisione del 1833 non solo è degna che si prenda sul serio, ma è perfettamente esatta!

Or la nostra quistione risolvesi con la distinzione fra riparazione e ricostruzione, e se Troplong avesse notato la confusione di Duvergier, lo avrebbe di leggieri contraddetto. Poichè il locante è sempre tenuto, mentre dura lo affitto, di fare *tutte le riparazioni* che non sieno locative (articolo 1720 (1566)), il locatario cui per caso fortuito fu in parte distrutta la cosa, ove voglia continuare lo affitto dell'altra parte, pone il locante nell'obbligo di ripararla e rimetterla nel suo stato primitivo. Ma se a rendere buona all'uso quella parte della cosa, fosse bisogno di rifabbricare, allora non sarebbe più di applicare l'art. 1720 (1566) ma l'art. 1722 (1568), e il locante non vi sarebbe obbligato. Adunque il principio è, che il locante deve fare le riparazioni, ma non mai le ricostruzioni; si

deciderà secondo le circostanze se in una data specie il tal lavoro sia o no di ricostruzione.

II. — Il nostro articolo parla soltanto della distruzione materiale della cosa; ma può avvenire che per forza maggiore venga meno il godimento, riesca impossibile assolutamente e per un certo tempo l'usare della cosa, benchè ella materialmente sussista, e il locatario potrà, secondo i casi, domandare o di sciogliersi il contratto, o scemarsi la pigione, o non pagarne affatto per un certo tempo.

Così, allorquando durante la guerra il locatario è costretto di rilasciare la sua casa alla soldatesca che se ne impadronisce; se durante la peste non può abitare la casa appigionata in una città, chè gli è vietato entrarvi dalla polizia sanitaria; se il piccolo corso d'acqua che fa rotare un molino od altra fabbrica vien meno o è insufficiente a procurare la forza motrice; se il locatario di una fabbrica da zucchero vedesse proibita quella industria in Francia; se colui che ha tolto in affitto un dazio di consumo comunale, un dritto di pedaggio sopra un ponte, un dritto di tassa sopra un mercato, vede durante una rivoluzione od una sommossa, che il popolo si neghi al pagamento di quei diritti; se il locatario di un albergo lungo una via ne vede aperta altra in luogo dell'antica, cotalchè la casa, le sue scuderie ed altri corpi dipendenti non possono più servire all'uso di albergo; in tutti questi ed altri simiglianti casi il locatario potrà, secondo le circostanze, o fare sciogliere il contratto, ovvero ottenere uno scemamento di pigione ovvero non ne paghi affatto per un dato tempo.

Il fitto non sarebbe modificato se il locatario non si dolesse realmente di un caso fortuito, o se la cosa non fosse stata colpita dal caso fortuito. Così, allorquando il corso d'acqua per cui si muove una fabbrica, e che vien meno, vien meno di ordinario in tutte le città, il locatario non può avanzare alcun reclamo; avvegnachè non sia caso fortuito quello avvenimento che rinnovasi regolarmente ad intervalli nelle medesime circostanze, e che le parti hanno dovuto prevedere nel contrarre. Se durante la guerra o la peste, non per ordine dell'autorità, ma solo per sua volontà, per una saggia previgenza, il locatario non va ad abitare o lascia di abitare la casa, non perciò è esonerato dalle sue obbligazioni; dappoichè in questo caso non è la cosa che non può abitarsi, ma egli preferisce non abitarla. Sarebbe il simile, se il locatario di un albergo o di una fabbrica da zucchero vedesse di molto assottigliarsi i suoi guadagni per l'apertura di una strada vicina che rende meno frequentata quella dell'albergo, ovvero per la imposizione di un dritto maggiore sulla fabbrica dello zucchero; dacchè l'immobile può sempre servire all'uso per cui fu appigionato: la fabbrica e l'albergo sono sempre là, e il locatario non potrebbe domandare alcuna diminuzione, nè il locante alcun *aumento* se si fossero aboliti tutti i dritti *imposti sulla* fabbrica dello zucchero, o se un'altra strada si fosse aperta in faccia all'albergo, e ne avesse accresciuto lo smercio.

Troplong e Duvergier professano è vero, in senso inverso, due sentenze contrarie alla nostra. Il primo insegna (II-230) che per un notevole aumento della imposta sulla fabbrica dello zucchero, il locatario potrebbe domandare una indennità; afferma l'altro al contrario (I-529) non doversi alcun rindennizzamento al locatario di un albergo al quale si è tolta la strada su cui era fabbricato. Ma non scorgesi chiaramente lo reciproco errore delle due estreme soluzioni? Se per una legge fosse ad un tratto vietata la fabbricazione dello zucchero *o in* tutto o in parte, senza contrasto il fabbricante potrebbe reclamare, perchè l'immobile che egli aveva affittato per fabbrica di zucchero, non è piu tale (se il divieto fosse stato generale), e per lo meno non è una fabbrica che gli dia il medesimo fruttato: la cosa stessa è stata colpita e scemata di valore per effetto del divieto. Ma se fosse stata accresciuta la imposta di fabbricazione, non è colpita la cosa, la quale rimane qual'era per lo innanzi e può produrre similmente; dunque non si potrebbe

omandare nè scioglimento, nè indennità. iceversa, quando un albergo è privato ella sua strada, il locatario può avanzare suo reclamo; ma non così, quando se è aperta un'altra, oltre l'antica; ma uando la strada è tolta, mutata o sostiuita da altra come supponeva Pothier, per ui l'albergo non può essere più tale, come ai il locatario non potrebbe godere del eneficio del nostro articolo? Gli avete voi ato in affitto un albergo (con le sue scuerie, rimesse, ed altri corpi dipendenti); iete obbligato a farnelo godere; ma la ostra casa non è nè può essere più un lbergo, perchè i viandanti, i cavalli e le etture non solo non vi vanno più, ma non ossono più andarvi! Duvergier espone inano la sua falsa dottrina e la censura fatta la lui a Pothier di una decisione della Corte suprema del 14 nov. 1827, poichè n quella specie la casa era stata presa n affitto con la riserba che il locatario *vrebbe il dritto di stabilirvi una casa la giuoco*, per cui instava presso l'autorità. Da ciò seguiva che il locante non avrebbe otuto opporsi che si stabilisse la casa di giuoco; e siccome non potè aver luogo quello stabilimento non già per l'opposizione del locante, bensì perchè l'autorità gli negò l permesso che il locatario confidava otenere, siccome il locante eseguiva la sua obbligazione lasciando al locatario piena facoltà di stabilire quella casa se lo potesse, a Corte di Parigi aveva violato l'art. 1728-2° (1574) riducendo ad una metà il prezzo dello affitto, e però doveva cassarsi la sua decisione. Duvergier avrebbe dovuto scorgere la differenza di questo caso con l'altro di un locante che dando in affitto un albergo, si è obbligato per ciò a far godere di un albergo, e di cui la casa non può servire più a quell' uso perchè tolta una strada (1).

Così si applicherà il nostro articolo per il caso fortuito nei soli casi, ma altresì in tutti, nei quali la cosa in tutto o in parte non può servire all' uso per cui fu data in affitto. Ma si fa eccezione quando i casi fortuiti sono posti a carico del locatario, come vedremo negli articoli 1772-1773 (1618-1619).

III. — La disposizione del nostro articolo sembra a noi render facile lo scioglimento di una quistione dibattuta fra gli scrittori, ed è se l'aumento che la cosa può aver ricevuto per effetto di un alluvione durante lo affitto debba o no essere risguardato come parte della cosa affittata? Duranton (XVII-81) distingue se la cosa è stata o no data in affitto a tanto per misura; nell'un caso, l'alluvione approda al locatario senza aumento di pigione, nel secondo egli dovrebbe pagare un proporzionale aumento. Troplong (I-190) pretende che l'alluvione torni sempre in prò del locatario senza alcuna distinzione. Per l'incontro, Chardon (Alluv., n. 157), Duvergier (I-356) e Taulier (VI p. 235) vogliono che in tutti i casi debbasi aumentare la pigione.

La quale ultima dottrina ci sembra esatta, salvo le due seguenti osservazioni. E in prima, se l'alluvione è di poco rilievo,

(1) Troplong, benchè lodi come noi la dottrina di Pothier per la ipotesi di una strada tolta, crede (II-232) essere quella una regola da non potersi affatto applicare, poichè quella ipotesi non potrebbe aver luogo. Errore, anzi quella ipotesi avviene quasi sempre. Avviene quasi sempre, massime nelle coste (gli alberghi sono di preferenza nella altura delle coste), che a fin di rendere men rapido il salire, si sostituisce all' antica una strada nuova sopra una certa lunghezza (2, 3 4 chilometri), colalchè la prima è soppressa per un tratto più o meno lungo in cui trovasi quasi sempre un albergo il quale non è più atto al primitivo suo uso. A Rouen soltanto ciò è avvenuto per quattro delle sette grandi strade che muovono dalla città; quelle di Rouen a Reims (costa di S. Giacomo sopra Darnétal), di Rouen ad Havre (costa di Canteleu), e di Rouen a Dieppe (costa di Déville), sono state in parte soppresse da pochi anni in qua; deve esserlo fra non guarì quella di Rouen a Parigi (costa di Bonsecours). Adunque la soppressione di una strada è causa per la quale praticamente non che teoricamente può applicarsi il nostro articolo. Non si applicheranno più ai nostri dì per le apparizioni di spettri, fantasmi, od ombre di che i nostri vecchi scrittori tanto si preoccupavano. Brillon, notando intorno a ciò la differente giurisprudenza dei parlamenti di Parigi e di Bordeaux, assegnava per probabile ragione, che *le visioni non sono in Parigi così frequenti come in Guyenne* (vedi alla parola *Fitto*, num. 12). La moderna Francia, come ben dice Troplong, è divenuta, per rispetto agli spiriti, come Parigi di un tempo.

essa confondesi, come dice Troplong, con la cosa tolta in affitto, e il locatario il quale non potrebbe pretendere alcun rindennizzamento per le minime particelle di terre che verrebbe l'acqua ritogliendo del suo podere, non deve nemmanco, giusta il pensiero naturale dei contraenti, pagare dippiù per le minime particelle che l'acqua venisse aggiungendo al medesimo podere. Ma se l'alluvione è considerevole, se per modo di esempio (come è avvenuto sulle rive della Senna fra Rouen e Havre), una prateria di venti ettari si è accresciuta di quattro o cinque, non si potrebbe ammettere, secondo il principio di Duranton e Troplong, dannato a buon diritto da Pothier (num. 278), che il locatario il quale avesse ottenuto secondo il nostro articolo un notevole scemamento di pigione, se il fiume gli avesse ritolto quattro o cinque ettari, possa godersi del novello terreno senza aumento di prezzo. Noi dunque diciamo con Chardon, Duvergier e Taulier doversi un proporzionale aumento di pigione. Senonchè è questa la nostra seconda modificazione alla dottrina di questi scrittori, se al locatario non torna conto di pagare una maggior pigione per una più lunga coltura, egli deve avere la scelta, o di godere dall'alluvione mercè il debito pagamento, o di rimanere nella precedente condizione, del pari che il nostro articolo, ove la cosa scemi, gli dà il drilto di scegliere fra una minore coltura ed uno scioglimento.

1723 (1569). — Il locante non può, durante l'affitto, mutare la forma della cosa locata.

I. — Il locante, senza il consenso del locatario, non può apportare alcun mutamento durante lo affitto alla forma della cosa locata; nè sotto il Codice potrebbesi dire con Pothier (n. 75), che non si applicherebbe cotesto principio quando il mutamento è leggiero, comodo per il proprietario che si profferirebbe a rindennizzare *il locatario.* Questi può sempre pretendere sia la cosa mantenuta nello stato in cui ei l'ha tolta in affitto; perchè può avvenire che egli la abbia preso appunto per lo stato in cui si ritrovava (1).

1724 (1570). — Se, durante l'affitto, la cosa locata abbisogni di riparazioni urgenti che non possono differirsi sino al termine del contratto, il fittaiuolo dee soffrirle, qualunque sia l'incomodo che gli arrecano, e quantunque nel tempo che si fanno, resti privato di una parte della cosa locata.

Ma se tali riparazioni durano oltre a quaranta giorni, verrà diminuito il prezzo dell'affitto a proporzione del tempo, e della parte della cosa locata, di cui sarà restato privo.

Se le riparazioni sono di tal natura che rendano inabitabile quella parte che è necessaria per l'alloggio del fittaiuolo e della sua famiglia, questi potrà far disciogliere l'affitto.

I. — Il locante non solo ha il dritto, è anzi nell'obbligo rigoroso in faccia al locatario di far le necessarie riparazioni onde conservare la cosa in buono stato; ma poichè la privazione totale o parziale di godimento, anche prodotta dal caso fortuito, può fare sciogliere il contratto o domandare la diminuzione della pigione, il locatario non deve egli avere il dritto di essere rindennizzato per il danno cagionatogli dai lavori di una riparazione che può riputarsi tanto necessario quanto un caso fortuito? La legge ha messo in armonia queste due idee. Se i lavori non sono urgenti, e possono essere differiti senza pericolo al termine dello affitto, il locatario

(1) Duranton (XVII-66); Duvergier (I-307); Troplong (II-245); Zachariae (III-p. 9); Parigi, 15 dic. 1825; Bordeaux, 26 luglio 1831; Parigi, 20 febb. 1843; Parigi, 9 genn. 1844). (Dev. 43, 2, 125; 44, 2, 79).

iò non consentire che si facessero; ove ano urgenti, il locante potrà farli seme, ma si dovrà distinguere in che modo per quanto tempo il locatario sarà privo el godimento. Se il locatario sia privato in odo da non potere più abitar la casa o a appartamento di essa, o essendo altro oggetto dello affitto sia privato in tutto ella cosa, egli, per quanto brevi sieno i lavori otrà domandare si sciolga il contratto; se è privato in parte, non potrà più domanire lo scioglimento e si potrà solo rimettere una parte di pigione quando i lavori ureranno più di quaranta giorni.

Insegna Troplong (II-253), contro la pinione comune, che se le riparazioni duno oltre i quaranta giorni, il prezzo dello ffitto si dovrà scemare soltanto in proporione del tempo che oltrepassi i quaranta iorni; ma un siffatto errore è condannato al medesimo articolo, dai lavori preparatori e degli antecedenti del Codice. Lo rticolo dice che il prezzo verrà diminuito *proporzione del tempo e della parte ella cosa locata, di cui il locatario sarà estato privo;* e non è chiaro che una tal ase, la quale comprende il tempo delle parazioni e la parte della cosa, indica naturalmente che la indennità dovrà calcolarsi, da un canto, sulla parte *di cui sarà restato privo il locatario*, e dall'altro per il tempo *in cui ne è rimasto privo?* Sicchè, se le riparazioni durano cinquanta giorni, non si reputerà che il locatario sia privato della cosa per dieci giorni, ma per cinquanta... Del resto, dicesi nel rapporto al tribunale che in questo caso il locatario può domandare « uno scemamento del prezzo dello affitto in proporzione della cosa di cui è privato *e del tempo* ». (Fenet, XIV, p. 326). Ma nel caso di sopra *il tempo in cui il locatario è stato privo della cosa* non è di dieci ma di cinquanta giorni... Infine la giurisprudenza del Castelletto, che il medesimo Troplong dice essere stata presa per regola legale dal nostro articolo, non obbliga il locatario a pagare il prezzo dello affitto (tranne il caso in cui le riparazioni durino meno di sei settimane) *per il tempo in cui sia stato privato del godimento*, e non mai per il tempo che oltrepassi le sei settimane di grazia (Pothier, n. 77). Fa invero meraviglia che alcuno scrittore non abbia fatto questa osservazione; la quale del resto è così evidente (1).

1725 (1371). — Il locatore non è tenuto a garentire il fittaiuolo dalle molestie che le terze persone per via di fatto arrecano al suo godimento, quando per altro non pretendano alcun diritto sopra la cosa locata; salva la facoltà al fittaiuolo di convenirle nel suo proprio nome.

1726 (1572). — Se al contrario l'inquilino o il colono sieno stati molestati nel loro godimento in conseguenza di un'azione concernente la proprietà del fondo, essi han diritto ad una diminuzione proporzionata sul prezzo della pigione o del fitto; purchè la molestia e l'impedimento sieno stati denunziati al proprietario.

1727 (1573). — Se quelli che han cagionato molestia per via di fatto, pretendano di avere qualche ragione sopra la cosa locata, o se il fittaiuolo egli stesso sia citato in giudizio per esser candannato a rilasciar la cosa in tutto o in parte, o a soffrire l'uso di qualche servitù, dee chiamare il locatore perchè venga a garantirlo: e se il chiede, debbe essere rilevato dal giudizio, nominando il locatore, nel di cui nome egli possiede.

SOMMARIO.

Turbativa di fatto e di drillo.— Per la prima il fittaiuolo non può rivolgersi contro il

(1) Delvincourt (t. III); Duvergier (I-303); Zachariae (III, p. 9); Taulier (VI, p. 233).

locatore, tranne il caso di forza maggiore. Secus dei fatti anteriori alla immessione nel godimento della cosa e che vi facciano ostacolo.

II. Per la turbativa di dritto, il fittaiuolo ha facoltà di rivolgersi contro il locante perchè lo mantenga nel godimento, e in tutti i casi perchè lo indennizzi. — Differenti mezzi che possono adottarsi dal locatario. — Quali cose comprende la indennità. — Con quale condizione è dovuta. — Quando e fin dove può cessare la garanzia. Essa non vien meno per la pochezza del danno: errore di Troplong.

I. — Fra le cause per cui il locatario può esser privato del godimento della cosa locata van comprese le molestie che le terze persone possono arrecarvi, e che dividonsi in turbative di dritto e di fatto. La turbativa di fatto, come sorge dall' art. 1725 (1571), è quella che deriva da semplici vie di fatto usate da un terzo sulla cosa senza pretendervi alcun diritto. La turbativa di dritto, secondo gli art. 1726-27 (2572-73), ha per oggetto la pretensione di un diritto sulla cosa, sia che si faccia con una semplice azione giudiziaria, o insieme con vie di fatto. Gli è vero che il primo di essi due articoli parla solo della turbativa cagionata da un'azione giudiziaria, sicchè potrebbe credersi a prima giunta che il primo dei nostri tre articoli parli della turbativa di fatto, il secondo di quella di dritto, e il terzo di quella mista di fatto e di diritto; ma l'art. 1727 (1573), indicato in prima questa ultima, parla poi della pura turbativa di dritto e stabilisce le regole che debbonsi in tal caso seguire, e che non sono indicate nell' articolo 1726 (1572). Noi dunque seguiremo esattamente l'andamento del Codice, prendendo questi due punti di divisione : 1° turbative di fatto (art. 1725 (1571)); 2° turbative di diritto accompagnate o pur no da vie di fatto articoli 1726-27 (1572-73)).

Nelle turbative di fatto, il locatario non può nulla pretendere dal locante. Egli deve star sempre in guardia per prevenire qualunque atto dannevole da parte di terze persone, ed agire contro di esse pei danni-interessi se non abbia potuto impedirli. Ciò riguarda unicamente il terzo e il locatario; sicchè ben a ragione il consiglio di Stato tolse nel progetto una disposizione finale dall'art. 1725 (1571), in cui permettevasi al locatario, giusta la dottrina di Pothier, di rivolgersi contro il locante riuscendo inefficace la sua azione contro il terzo (1).

Non così però quando le vie di fatto dei terzi avrebbero il carattere di avvenimenti di forza maggiore; se per esempio fossero devastamenti di guerra, invasioni di bande armate per motivi politici o altro, assalti di attruppamenti di assassini. Quando concorre la forza maggiore, non dovrà più applicarsi il nostro articolo, ma l'art. 1722 (1568), e la perdita del godimento darà dritto al locatario, come sopra abbiamo veduto, di domandare uno scemamento del prezzo.—Parimente il locatario potrà rivolgersi contro il proprietario se le vie di fatto fossero anteriori al principio del suo godimento e l' impedissero di prender possesso. In tal caso spetta al locante e non al locatario far cessare quello impedimento, senza di che il primo non potrebbe adempire la sua obbligazione di consegnare la cosa al fittaiuolo e di metterlo in possesso. Non comprendiamo che la contraria pretensione siasi potuta ammettere da un'antica decisione della Corte di Nîmes; però in una specie più recente essa è stata rigettata in prima istanza, in appello, non che dalla Corte di cassazione. Per vero, quando il locatario abbia preso possesso della cosa, dovrà difenderla contro le vie di fatto di terze persone, e dovrà applicarsi il nostro articolo ; ma quando egli non ne ha avuto ancora il possesso, in altre parole quando non si è fatta interamente la consegna, in tal caso si dovrà eseguire il suo contratto facendo godere effettivamente il locatario (2).

II. — Se vi sia turbativa di dritto con

(1) Pothier (n. 81) ; Fenet (XIV, p. 221, 245, 246).

(2) Duvergier (I 277); Troplong (II-262); Rig., 7 giugno 1837 (Dev., 37, 1, 970). — Nimes, 26 giugno 1806.

di fatto o senza, se un terzo voglia rrompere il godimento del locatario vanlo qualche dritto di proprietà o dei suoi embramenti, o alcun dritto di possesin tal caso spetta al locante agire conil terzo e risentire tutte le conseguenze perda in tutto o in parte il godimento. Se il terzo agisca per la via giudiziaria, locatario potrà a sua scelta restare in usa chiamando in garanzia il suo locano farsi mettere fuori causa, indicando o attore il suo vero avversario, cioè il cante per cui egli possiede. Pothier (nuero 91) adottava solo quest'ultimo mezzo; a l'art. 1727 (1573) permette l'uno e altro, poichè alle volte il locatario può vere interesse a restare in causa. — Se terzo abbia spossessato di fatto il locairio per forla da convenuto, questi non otrà rivolgersi contro di lui nemmeno in ossessorio, poichè in realtà egli non ha lcun dritto di possesso; ma dovrà denunziare al locante la turbativa, perchè i faccia cessare potendo, e l'indennizzi. In tal caso il locante non dovrà solo la iminuzione proporzionata dello affitto, ma inoltre il risarcimento di tutto il danno sofierto dal locatario e dei guadagni perduti; oichè a differenza del caso delle riparaioni necessarie e dei vari casi di forza naggiore, corre obbligo di riparare intemente una colpa. Se perde il locante, egli è in colpa di aver locato una cosa soggetta ad evizione totale o parziale; se vince, il terzo è in colpa di aver turbato il locatario, che ha dritto ad essere rindennizzato dal locante, il quale poi a sua volta potrà rivolgersi contro il terzo. Inoltre è chiaro che, in caso di evizione parziale, lo scemamento dello affitto non dovrà calcolarsi sul valore locativo che abbia la cosa di presente, ma su quello stabilito nella convenzione; di guisachè se nell'intervallo fosse scemato il prezzo della locazione, non se ne dovrà tener conto. Per mò di esempio, se si siano tolti in affitto terreni ad 80 fr. l'ettare, e il colono perda il godimento di un ettare, egli avrà sempre dritto ad uno scemamento di 80 fr., non importando se le terre dopo valessero 60 fr. l'ettare, poichè quello era il prezzo del suo affitto. Viceversa, e per medesimezza di ragione, se sia cresciuto il prezzo delle locazioni, lo scemamento dovrà calcolarsi sul prezzo dello affitto e non sul prezzo attuale cresciuto; ma se il locatario per questo canto non ha dritto a pretendere l'indennizzo di un prezzo più vantaggioso, lo avrà d'altro canto, ripetendo i guadagni perduti (1).

L'indennità sarà dovuta al locatario turbato quante volte abbia denunciato la turbativa al locante; se ciò non faccia, egli avrà contravvenuto ad una obbligazione impostagli dalla legge (art. 1768 (1614)), sicchè egli invece di domandar i danni interessi, potrebbe esser costretto a pagarli. Non del pari se provasse che il locante non poteva in nessun modo riuscire, o che non ostante il suo silenzio, conoscendo altrimenti la evizione, abbia costretto il terzo a pagargli l'indennità (2).

Se il locatario avesse conosciuto quando formava il contratto il pericolo della evizione totale o parziale, egli potrà sempre domandare lo scemamento del prezzo della locazione, o di non pagare affatto, ma non potrebbe domandare altri danni ed interessi, se non si avesse fatto promettere espressamente la garanzia. E ciò avverrà pure, quando anche il fittaiuolo, conoscendo da un canto il pericolo della evizione, avesse d'altro canto lasciato inserire nell'atto la formale dichiarazione che il locante non sarebbe tenuto a garanzia. Per vero sarebbe impossibile, nel contratto di locazione in cui il prezzo si acquista dall'uno e si deve dall'altro giorno per giorno e in cambio del godimento attuale, dare ad una tal clausola un significato analogo a quello che ha nel contratto di vendita (articolo 1629 (1475)). Perchè avvenisse diversamente è necessario che sorga manifesta dall'atto la intenzione di formare non già una locazione

(1) Pothier (*Locazione*, n. 93); Troplong (II, n. 279).

(2) Duvergier (I-323); Zachariae (III, p. 11); Troplong (II-281); Rig., 1 dic. 1825.

ordinaria, ma un contratto aleatorio con cui una delle parti si obbliga pagare una somma di..., per ciascun anno, per aver semplicemente il dritto di godere il tale immobile a titolo di locatario, finchè non avvenga alcuna evizione, dovendosi adempire l' obbligazione del locatario, sia che la evizione fosse totale o parziale (1).

Darem fine a queste osservazioni facendo notare una stranissima idea di Troplong. Il dotto magistrato insegna (n. 282) che il locatario evitto non può pretendere alcuna indennità o riduzione di prezzo, se la parte del godimento di cui è privato fosse poca, e cita in sostegno questo tratto del presidente Fabro: « Modicam incommoditatem conductoris non inducere remissionem mercedis, sed ea tantum quae magna sit... Aliud siquidem est incommodum, aliud vero damnum, quamvis nec *damnum modicum* attendi valde solet. » Ma ciò non riguarda per nulla il caso di cui noi parliamo; qu[illegible] idea è ben naturale nel caso di forza m[illegible] giore e di riparazioni necessarie (che [illegible] valgono alla forza maggiore), ma non [illegible] nel caso nostro, e lo stesso Troplong [illegible] condo noi combatte la falsa applicazi[illegible] che ne fa. « La forza maggiore, egli d[illegible] è per se stessa così disastrosa, non d[illegible] aggravarsi anche indirettamente al locante. Simiglianti ragioni sono qui fuori propos[illegible] Il locante ha sempre una colpa, gran lieve che sia, di aver dato in affitto [illegible] cosa che conteneva un principio di evizione. Per questo egli è tenuto alla garenzia in questo caso e non nel caso *di forza* maggiore ». Or appunto in riguardo di ciò il locante dovrà sempre la indennità per qualunque perdita di godimento se è poca. la indennità sarà poca, ma si dovrà sempre, come insegnano gli altri scrittori (2).

1728 (1574). — Il fittaiuolo ha due obbligazioni principali:

1° dee servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia, e per l'uso determinato nel contratto, o in mancanza di convenzione, per quello che può presumersi a norma delle circostanze;

2° dee pagare il fitto nè *termini* con-venuti.*

1729 (1575). — Se il fittaiuolo impieg[illegible] la cosa locata in uso diverso da quello a [illegible] è destinata, o in modo che possa derivarn[illegible] danno al proprietario, questi può secondo le circostanze, far disciogliere l'affitto.

SOMMARIO.

I. La prima obbligazione del locatario presenta due lati che la legge ha distinto, ma che Duranton e Duvergier non hanno notato. Svolgimento dell'uno e dell'altro.

II. Della obbligazione di pagare il prezzo. [illegible] delle imposte fondiarie, e delle port[illegible] finestre?

I. — Le due principali obbligazioni del locatario riguardano, l'una il modo del godimento, l'altra il pagamento del prezzo.

La prima contiene due idee distinte. I[illegible]

(1) *Conf.* Duvergier (I-330) e Troplong (II 286), i quali però non prevedono l'ultima ipotesi da noi qui indicata.

(2) Pothier (*Loc.*, n. 58); Delvincourt (t. III); Duvergier (I-324).

* Massime della Corte Suprema di Napoli.

— Gl' inquilini che han fatta qualche innovazione, non possono distinguere possessorio da petitorio. — Essi non sono veri possessori, e debbono sempre ridurre le cose al pristino. 6 nov. 1821.

— Il locatore è obbligato di rimborsare allo inquilino il valore delle migliorie che ha fatto sul fondo, se egli stesso ne profitta 17 giugno 1827.

— Il fittaiuolo non ha diritto a *dimandare* il rimborso di migliorie da lui fatte senza autorizzazione del locatore. 1 febb. 1842.

— Il fittaiuolo non può pretendere *diritto a r*[illegible] tenzione per le migliorie fatte nella cosa loc[illegible] 11 nov. 1844.

— Il proprietario non è tenuto pagare le migliorie fatte da un terzo, quando però non ci fosse stato su[illegible] consenso, scienza e pazienza. *Per antico diritto* frutto del migliorato si compensava collo spes[illegible] 13 marzo 1831.

locatario deve godere: 1° da buon padre di famiglia; 2° a secondo la destinazione della cosa.

La destinazione della cosa locata può essere alle volte determinata nel contratto medesimo; ma spesso nulla si dice, nel qual caso si dovrà badare allo stato dei luoghi, all'uso cui prima era destinata la cosa e alla qualità assunta dal locatario. Del resto, in qualunque modo si manifesti cotesta destinazione, il locatario dovrà sempre rispettarla; cotalchè egli non solo non potrebbe trasmutare una casa abitata da gente onesta in bordello e in casa da giuoco, quando anche non siavi dichiarazione espressa, ma nemmeno potrebbe formare di una casa di famiglia un ristoratorio, un caffè, un circolo, una locanda, un'osteria. Non par credibile che la Corte di Bourges abbia così malamente inteso il significato dei nostri articoli, conservando, non ostante i reclami del locante, la trasmutazione fatta dal locatario di una casa di famiglia in locanda, allegando che ciò non cagionava un *pregiudizio irreparabile!* Ma qui non è a conoscere se si arrechi un pregiudizio irreparabile o un semplice pregiudizio pecuniario. Potrebbe ben avvenire che la novella destinazione farebbe crescere il valore dello immobile; però il proprietario potrà sempre impedirlo se non convenga ai suoi interessi. Ciò è ben ragionevole, e la medesima legge lo dice, indicando come prima obbligazione del locatario quella di godere della cosa *secondo la sua destinazione*. Sicchè il locatario non potrà trasformare la casa di famiglia in bottega, caffè o locanda, come al contrario non potrebbe trasmutare la bottega, la locanda, il caffè in casa di famiglia, giacchè in questo modo si perderebbe il buono avviamento dei luoghi (1).

Ma non basta che il locatario conservi la destinazione della cosa, bisogna inoltre che egli ne goda da buon padre di famiglia, da uomo saggio e prudente; e il locante potrà domandare una indennità o lo scioglimento dello affitto, secondo la gravezza dei casi, se il locatario, conservando la destinazione della cosa, ne faccia un uso abusivo, immoderato, con danno del locante. Or gli articoli 1728-1° e 1729 (1574 e 1575) prevedono appunto queste due idee separate, allorchè parlando di un locatario che impiega la cosa *in uso diverso da quello cui è destinata*, *o in modo che possa derivarne danno al proprietario*; ed è veramente strano che Duranton (XVII-99) e Duvergier (I-400) abbiano sostituito alla disgiuntiva *o* la copulativa *e*, credendo che formassero una sola idea. Ma è manifesto che due sono le idee: infatti se il mio colono sfrutta e rovina i miei terreni per far loro produrre in pochi anni una rendita sproporzionata, a danno delle produzioni che dovrebbe fare negli anni seguenti, gli è manifesto che la destinazione non è affatto mutata (poichè si fa produrre ai terreni i medesimi frumenti, gli orzi, le avene, ec., che erano soliti produrre); ma se ne fa un uso immoderato a danno mio, e che non è certamente da buon padre di famiglia (2).

II.— La seconda obbligazione del loca-

(1) Bourges, 2 gennaro 1847 (Dev., 47, 2, 432). — Pothier (n. 189); Duranton (XVII-95); Duvergier (I-57); Troplong (II 306 e seg.); Bordeaux, 10 marzo 1828; Aix, 31 genn. 1833; Rennes, 17 marzo 1834; Bourges, 4 marzo 1842; Rig., 15 ap. 1844 (Dev., 33. 2, 485; 34, 2, 596; 43, 1, 70; J. P., 42, 2, 737); Parigi, 6 luglio 1853 (J. P., 1853, 2, 420).

(2) Zachariae (III, p. 11 e 12); Troplong (II-301); Taulier (VI, p. 235-237);—Grenoble, 5 marzo 1835 (Dev., 35, 2, 320). — Questa decisione di Grenoble, la cui soluzione a torto è censurata da Duvergier (I-404), in sostanza è giustissima, sebbene contenga dei motivi inesatti. Una cava di pietre erasi locata nei dintorni di Grenoble. Quando con una ordinanza reale venne prescritto doversi costruire novelle fortificazioni intorno la città, e il genio militare fè le sue provviste dal locatario di quella cava. Se si volesse soltanto por mente, come fece Duvergier, agli enormi vantaggi ritratti dal locatario della cava, gli è manifesto che il locante non avrebbe avuto alcun dritto a risentirsene, poichè il crescere imprevisto dei beneficî non è una causa di aumento di prezzo, come la mancanza dei beneficî sperati non darebbe nemmeno luogo a scemamento di prezzo; ma in quella circostanza trattavasi dello esaurimento della cava che in pochi anni non avrebbe nulla dato, il che non era stato preveduto dalle parti; per cui il locante aveva diritto a reclamare. Il locatario usava immoderatamente la cosa, con danno del locante, per cui lo aumento del prezzo era richiesto dalla ragione e dal diritto. — *Vedi* anche Lione, 26 genn. 1847 e 6 gennaro 1852 (J. P., 47, 2, 686 e 53, 2, 519).

tario consiste nel pagare esattamente il prezzo dello affitto secondo che sia stato convenuto. Non adempiendo a questa obbligazione, il locante può domandare lo scioglimento del contratto, e i tribunali decideranno se si debba o pur no ammettere quella domanda stante il silenzio del Codice. Il termine pei pagamenti, se non siasi fatta una speciale convenzione, verrà regolato secondo l'uso dei luoghi.

La legge del 3 frimaio anno VII ha imposto l'obbligo al locatario, non già di pagare, ma di anticipare il pagamento della imposta fondiaria. Secondo l'articolo 147 di essa legge egli deve fare i versam[enti] e domandarne una quitanza al propriet[ario] che deve poi compensarnelo. Non così l'imposta delle porte e finestre, che [deve] pagarsi dal proprietario, salvo a chieder[ne] conto al locatario (L. dei 4 frimaio a[nno] VII, art. 12). Del resto queste due re[gole] sono spesso modificate nei contratti. [Così] nelle locazioni di case si suol conv[enire] che il proprietario pagherebbe l'im[posta] delle porte e finestre; e per l'incont[ro in] quelle dei beni rustici si stipula d'ordin[ario] che l'imposta fondiaria si pagherebbe [dal] locatario.

1730 (1576). — Se fra i contraenti siasi fatta una descrizione dello stato della cosa locata, il fittaiuolo dee restituirla nello stato medesimo in cui l'ha ricevuto, secondo la descrizione; a riserva di ciò che fosse perito o deteriorato per vetustà, o per forza irresistibile.

1731 (1577). — Quando non siasi fatta la descrizione dello stato della cosa locata, si presume che il fittaiuolo l'abbia ricevuta in buono stato, anche per riguard[o] alle piccole riparazioni che sogliono es[-] sere a carico degli affittaiuoli; e dee re[-] stituirla in tal forma, qualora non provi [il] contrario.

1732 (1578). — È tenuto pei deterior[a]menti e per le perdite che succedono durante il suo godimento, quando non prov[i] che sieno avvenuti senza sua colpa.

I. — Dalla obbligazione che incombe al locatario di godere della cosa secondo la sua destinazione e da buon padre di famiglia, deriva l'altra di restituirla nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, tranne i deterioramenti cagionati da forza maggiore (il che include anche la vetustà). Così, se il locatario avesse tolto o aggiunto dei tramezzi, messo delle porte o degli armadi, alcuni altri lavori di poco rilievo che sono sempre permessi, perchè non sono affatto contrari alla destinazione della cosa, ma non servono ad altro che a renderla più adatta ai bisogni e al gusto di ciascheduno, egli dovrà al termine del suo contratto ristabilire a sua spese i luoghi nel suo primitivo stato (1). Parimente se egli abbia rotto degli specchi, spezzato mattoni o tronche o sculture, sarà tenuto al ristoro. In breve egli dovrà rimettere le cose nello sta[to in] cui si trovavano quando le riceveva, salv[o i] deterioramenti cagionati da forza maggior[e].

Ma come si farà la pruova dello sta[to] delle cose al principio dello affitto? Se [la] descrizione fatta dello stato dei luoghi in[-] dichi precisamente la condizione delle cose, non vi sarà dubbio alcuno; ma se descri[-] zione non si sia fatta, in tal caso bisogna distinguere le riparazioni locative dalle altre. — In quanto alle prime, si presume che il locatario le abbia richiesto rigorosamente, conoscendo che tutte le altre che dovrebbero farsi durante il corso dello affitto restereбbero a suo peso (art. 1720 (1566) II), e che quindi le abbia fatto eseguire e che sotto questo riguardo abbia ricevu[to] la cosa locata in buono stato.

Pertanto spetta a lui provare il contrar[io].

(1) Le opere che non siano necessarie all'uso della cosa locata resteranno a rischio del fittaiuolo, il quale alla fine dello affitto non potrà richiederne il risarcimento, tranne che il locante non ne ritenerle per conto suo. Cass, 3 genn. 1849; [Or]léans, 20 ap. 1849. (Dalloz, 49, 1, 95, 2, e 97.)

n testimoni, sia che la somma ecceda pur no i 150 fr., checchè ne dica Delncourt, poichè qui non si tratta di una invenzione, ma di un fatto (1).—Per lo contro, siccome il locatario non ha il edesimo interesse per ripetere le altre parazioni, la legge non stabilisce per esse presunzione che si siano consegnate in uono stato; per cui il proprietario dovrebbe arne la pruova.—Se durante il godimento el locatario abbisogni qualche riparazione ocativa o pur no, che si attribuisce a forza naggiore, dovrà il locatario ciò gistificare (2).

Il locatario che nel principio dello affitto, durante il suo godimento abbia fatto delle riparazioni o dei miglioramenti, avrà dritto al rimborsamento di tutta la somma spesa se le riparazioni fossero state necessarie alla conservazione della cosa (se egli le abbia fatto a causa dell'allontanamento del proprietario); ma non potrà nulla ripetere per le opere semplicemente utili o voluttuose, salvo a ritogliere questi oggetti da lui posti che si possono ritogliere senza danneggiare l'immobile.

Le azioni relative ai casi di cui sopra è parola, sono, giusta la legge dei 28 luglio 1838 (art. 4), della competenza dei Giudici di Pace fino alla somma di 1500 franchi, salvo appello quando si eccedono i 100 fr.

1733 (1579).—È tenuto dell'incendio. purchè non provi che sia avvenuto per caso fortuito o forza irresistibile, o per vizio di costruzione; o che il fuoco siasi comunicato da una casa vicina.

1734 (1580).—Essendovi più inquilini tutti sono tenuti solidalmente per l'incendio, purchè non provino che l'incendio sia incominciato nell'abitazione di un di loro; nel qual caso costui soltanto ne dee rispondere: o che alcuno di loro non provi che l'incendio non ha potuto cominciare nella propria abitazione; nel qual caso costui non è tenuto.

SOMMARIO

I. L'art. 1733 (1579) deroga al dritto comune non meno che l'art. 1734 (1580), e permette la pruova nei soli tre casi indicati. Censura della contraria dottrina degli scrittori.

II. Però questa pruova dovrà farsi secondo le regole del dritto comune. Grave errore di Duvergier e di due decisioni.

III. Inoltre l'articolo si applica tra locante e locatario (o sullocatario). Gravissimo errore e contraddizione di Toullier. Quid del colono parziario?

IV. L'art. 1734 (1580) stabilisce una vera solidarietà. Il debito dovrà dividersi tra i condebitori in parti uguali.

V. Il proprietario che abiti una parte della cosa non può di pieno dritto invocare alcuno dei benefici del nostro articolo: Errore di Zachariae. Ma egli può avvantaggiarsene provando soltanto che lo incendio non sia cominciato nella sua abitazione: errore di Duranton.

VI. La indennità dovuta comprende il lucrum cessans. *Essa è dovuta soltanto per gli oggetti locati, ma non già per la parte della casa abitata dal proprietario. Insufficienza della dottrina degli scrittori.*

VII. La cessione che il proprietario fa ad una assicurazione dei suoi diritti contro i locatari, è del tutto valida.

I.—I nostri due articoli 1733 e 1734 (1574 e 1580) derogano al diritto comune, e stabiliscono contro i locatari regole di una severità eccezionale, affin di renderli più vigili a sopravvegliare agli incendii, per mala sorte così frequenti. Però la maggior parte degli scrittori han detto il primo articolo contenere un'applicazione dei principî generali; ma ciò non è vero, e noi mostreremo che l'articolo 1733 (1579) de-

(1) Duranton (XVII-101); Duvergier (I-443); Troplong (II-340).

(2) Pothier (n. 199); Zachariae (III, pagina 13); Troplong (II-342).

roga al dritto comune del pari che l'articolo 1734 (1580).

Se per dritto comune il locatario, che è nell'obbligo di custodire e sorvegliare la cosa per restituirla come l'ha ricevuta, deve provare che sia perita senza sua colpa per liberarsi da questa obbligazione; se no egli dovrà o restituir la cosa o pagarne l'equivalente : non sappiamo perchè Duvergier (I-411) creda che quella sia una regola di rigore, una eccezione ai principî. Se l'art. 1734 (1580), nel caso di più locatari che siano tutti risponsabili perchè non provano di essere esenti di colpa, li dichiara risponsabili ciascuno per la sua parte, e se d'altro canto l'art. 1733 (1579), affin di liberare il locatario, pretende soltanto da lui, come affermano quasi tutti gli scrittori e lo stesso Duvergier, la pruova che egli non sia in colpa, in qualunque modo la faccia, essi non farebbero che applicare il principio generale dell'art. 1732 (1578), replicando due regole di dritto comune, tanto che il legislatore avrebbe potuto farne a meno. Ciò è manifesto, e il preteso carattere eccezionale dell'art. 1733 (1579), se si prenda solo nel senso che il locatario dovrebbe rispondere dello incendio non provando che sia avvenuto *senza sua colpa*, è un controsenso in cui incorre Duvergier, avvegnachè il Codice non avrebbe fatto altro che ripetere, per il caso d'incendio, quel che l'art. 1732 (1578) dice per qualunque caso, cioè che il locatario è tenuto pei deterioramenti e per le perdite, quando non provi che sieno avvenuti senza sua colpa. Pertanto la regola dello art. 1733 (1579) sarebbe di dritto comune, se lasciasse la latitudine ordinaria in far la pruova; ma così non è, poichè esso obbliga il locatario a provare una delle tre ipotesi tassativamente prevedute, siccome l'art. 1734 (1580) stabilisce la solidalità (1).

Invero moltissimi scrittori la pensano diversamente. Fra cinque scrittori che parlano di ciò, quattro ammettono che l'articolo 1733 (1579) non contiene alcun restringimento, e che richiede al locatario di provare, o che l'incendio sia avvenuto per forza irresistibile, o per vizio di costruzione, o infine che il fuoco siasi comunicato da una casa vicina, per essere più esplicito e per indicar chiaramente questa semplice idea che il locatario deve provare di non *aver commesso colpa alcuna* (2). Cosicchè, sia che il locatario provi la forza maggiore, o il vizio di costruzione, o di essersi comunicato il fuoco dalla casa vicina, se nulla su ciò dicendo (confessando anche di non sapere affatto nulla del motivo dello incendio), affermi soltanto non essere stato autore di quella disavventura (provando per mò d'esempio, che quando avvenira egli e i suoi erano in viaggio o in altra abitazione), si adempirebbe sempre, sì nella prima che nella seconda ipotesi, il pensiero dell'art. 1733 (1579), poichè nell'una e l'altra il locatario proverebbe non aver colpa da rimproverarsi. Che monta, essi dicono, conoscere o pur no d'onde provenga lo incendio, se si sa che il locatario non ci ha avuto colpa? D'altronde, ha detto la Corte di Rouen, provando il locatario che egli non ci ha avuto colpa, egli prova con ciò stesso (indirettamente, ma che importa?) che l'incendio proviene da una delle tre cause indicate dalla legge.

Ma non è questo il pensiero del Codice. La legge non pretende soltanto una semplice pruova *negativa* della carenza di colpa, ma la pruova *positiva* di una delle tre cause indicate nell' articolo. Essa, a dritto o a torto, volendo interessare i locatari ad usare la massima sorveglianza, li sgrava della loro responsabilità solo quando indicano la causa dello incendio, ritenendo che con ciò, come se si trattasse di una responsabilità solidale, eglino useranno guardia maggiore non solo sulle persone della propria casa, ma anche sugli altri locatari,

(1) *Vedi* Ric., 14 nov. 1853 (Dall., 54, 1. 56); Parigi, 29 nov. 1852 (Dall., 54, 2, 168).

(2) Proudhon (*Usufr.*, III-1552); Duvergier (I-437); Troplong (II-382); Taulier (VI, p. 244-245); Rouen (i soli motivi), 16 gennaro 1845 (Dev., 45, 2, 473; Dall., 45, 2, 172; Pal., 45, 2, 241). — Toullier (XI-161 e 162) e Duranton (XVII-104) par che seguano la opinione contraria, ma non lo mostrano chiaramente.

sui vicini e sui terzi, e così si preverranno e impediranno tali sciagure che avvengono così spesso. Pertanto la legge non si contenta della negazione del locatario, il quale non potendo addurre in suo discarico una delle tre ipotesi prevedute, provi solanto non aver alcuna colpa; e di ciò sorge manifesta la pruova nel nostro art. 1733 (1579), massime se vuolsi porlo in raffronto col precedente e col susseguente... Se il pensiero del legislatore fosse stato quello che gli si vuole attribuire, se egli avesse inteso che il locatario non sarebbe più risponsabile dello incendio provando solo essere avvenuto senza sua colpa, per qual motivo tutta questa precisione nel distinguere le varie ipotesi? Se ciò egli avesse voluto, si sarebbe ristretto semplicemente a quello che avea già detto nell'art. 1732 (1578): *purche non pruovi che siano avvenuti senza sua colpa*... Nè ciò solo: ammesso quel che si suppone, noi crediamo che i compilatori non avrebbero nemmeno pensato a dettare l'art. 1733 (1579), poichè al postutto non direbbe cosa alcuna di nuovo, e senz'esso il Codice rimarrebbe tale quale è. Dopochè si è bandito il principio che il locatario è tenuto PER TUTTI I DETERIORAMENTI O PERDITE che succedono durante il suo godimento, quando non pruovi *che siano avvenuti senza sua colpa*, sarebbe un replicare senza alcun prò quel che si è detto, dichiarando che egli è tenuto PER L' INCENDIO succeduto durante il suo godimento, quando non pruovi *che sia avvenuto senza sua colpa!* Spiegando lo art. 1733 (1579) secondo pretendono Duvergier, Troplong ed altri, non si fa che toglierlo dal Codice, dicendo che il legislatore l'abbia scritto per ripetere ciò che avea detto nell'articolo precedente!... Per altro il vero intendimento del nostro articolo è indicato non solo nell'articolo 1732 (1578), ma benanche nell' articolo 1734 (1580), il quale pruova perentoriamente che il Codice riguarda il caso dello incendio come eccezionale, dettando per esso regole più severe; dal che sorge ad evidenza che la regola speciale dell' articolo 1733 (1579) è ben diversa da quella generale dell' art. 1732 (1578). Pertanto noi stimiamo esatta la sola opinione di Zachariae (III, p. 13) e dei suoi annotatori, i quali ritengono sia necessaria la pruova affermativa di uno dei tre casi indicati.

II.—Però se la legge si allontana dal dritto comune in quanto a ciò che deve pruovarsi, non è già il medesimo in quanto al modo della pruova: l'articolo dice soltanto *tranne che non pruovi*, e non accenna modo con cui provare; sicchè si applicheranno su tal riguardo i principî ordinarî.

Ciò posto, sembra invero strano che Duvergier (I-436) abbia potuto insegnare, del pari che la Corte di Parigi, non potersi ammettere il locatario ad additare un numero di circostanze che tendano unicamente a render verosimile e probabile l'una delle cause indicate dall'articolo, dovendo farne la pruova rigorosa e propriamente detta. Ciò è sommamente erroneo. Trattandosi di fatti e non di convenzioni, e dovendosi quindi far la pruova testimoniale, qualunque sia l'importanza della causa, si dovrà per ciò stesso ammettere la pruova imperfetta per semplici presunzioni, giusta l'articolo 1353 (1307); e siccome il giudice infatti è sempre libero di ammettere o rigettare tali presunzioni, secondochè le creda abbastanza gravi, précise e concordanti, egli non potrà mai in dritto rigettarle e dirle inammissibili perchè siano semplici presunzioni e probabilità. È questo un principio elementare in materia di pruove. Onde rigettare questa pruova di secondo ordine e per semplici presunzioni, bisogna che non si possa ammettere la pruova per testimoni; e la Corte di Tolosa, certo affin di mostrarsi più logica di Duvergier, ripetendo il suo errore in una decisione con cui rigetta la pruova che un locatario offriva di fare in un caso analogo, ha detto— sembra incredibile — che tali offerte non poteano accogliersi, « poichè non poggiate *su documenti indipendenti dalla pruova testimoniale!* » La Corte suprema conservò quella decisione pei motivi di fatto; però fece in dritto osservare *che i giudici non possono in tal caso rigettare in principio*

e dichiarare inammissibile la pruova testimoniale.

Ma appunto per ciò essi non possono neanche rigettare in principio e dire inammissibile la pruova per semplici presunzioni.

L'art. 1733 (1579) non stabilisce su tal proposito alcuna regola speciale, sicchè devono ammettersi tutte e due le suindicate pruove; e invero sorprende che si sia potuto sconoscere una verità così semplice (1).

III. — La regola stabilita dall'art. 1733 (1579), cioè la presunzione legale della colpa, quando il locatario non pruovi uno de' tre punti indicati dalla legge, non badando al suo rigore eccezionale, è una conseguenza, come abbiamo detto, della obbligazione che incombe al locatario di conservare e restituire la cosa; sicchè è manifesto non potersi applicare tra persone estranee che non siano tenute l' una in faccia all' altra della obbligazione di conservare e restituire la cosa incendiata.

Per modo di esempio, quando un proprietario vede consumarsi la sua casa a causa di un incendio proveniente dalla casa vicina, egli non potrà invocare il beneficio del nostro articolo nè contro il proprietario, nè contro i locatarî della casa vicina i quali non sono in nulla tenuti in faccia a lui (2). Egli potrebbe pretendere da costoro la riparazione del danno sofferto in forza degli art. 1382-1383 (1336-1337), provando la loro colpa, e non già addossando loro la pruova di non essere in colpa. Cotal quistione ha avuto in altri tempi varie soluzioni dagli scrittori e dalle decisioni, per essersi malamente interpetrate le leggi romane; ma essa non potrebbe porsi in dubbio sotto il Codice, e fa meraviglia che Toullier (XI-172), il quale bada ad insignificanti minuzie, abbia potuto deciderla contro i vicini, perchè questi secondo lui devono rispondere della colpa provata, o *presunta!* Ma questo è un errore poichè essi sono risponsabili solo quando *la colpa* sia provata. E per altro questo errore di *Toullier*, e la confusione in cui egli cade fra mezzo a tante indigeste citazioni e narrazioni, sono tanto più strane, e tanto meno si comprendono poichè egli medesimo poco prima (n. 168), avea detto con molta giustezza che se il proprietario non si rivolge

(1) *Vedi* Duvergier (I-436) e la decisione di Parigi da lui ricordata del 4 luglio 1835. — Troplong (II-384); Rig., di una decisione di Douai, 11 febb. 1834; Rig., di una decisione di Tolosa (nel solo motivo), 16 agosto 1841. (Dev., 34, 1, 115; 41, 1, 837). La decisione di Tolosa inesatta nei suoi motivi di dritto, è inappuntabile in fatto, poichè in sostanza giudica bene la specie di cui parlava; ma la decisione di Parigi, approvata da Duvergier, è inesatta in dritto ed in fatto. Il locatario volea provare che il fuoco erasi appigliato in una *soffitta* della casa; che i suoi agenti non erano entrati *mai* in quel luogo con fuoco o lume; che la sera *la porta* era chiusa a chiave; ma che nella casa vicino erano delle *aperture* e dei buchi *aperti* sporgenti su quella soffitta; che eransi colà veduti *uomini che fumavano.* Cotali circostanze erano per fermo molto gravi, precise e del tutto tra loro concordi; potendosi ben di raro fare la pruova rigorosa e materiale, che la legge per altro non richiede, esse davano la maggiore probabilità che il fuoco si fosse comunicato dalla casa vicina; sicchè doveasi applicare l'art. 1733 (1579).

Duvergier, il quale crede giusta siffatta decisione censurata a buon dritto da Troplong (n. 385), ne censura alla sua volta un'altra (I, 417), che Troplong crede esatta (num. 389) ed anche con buona ragione. Erasi incendiato il teatro della Gaietè, per causa di una favilla mandata da una torcia che serviva a dar figura di baleni. La Corte di Parigi giudicava (18 aprile 1836, Devilleneuve, 37, 2, 70; Pal., 37, 1, 487), che da un canto i teatri richiedono l' uso estraordinario del fuoco per la loro medesima destinazione, e d' altro canto i locatarî di quel luogo aveano usato ogni maggiore cautela e preso tutte le precauzioni possibili, oltre quelle prescritte dalla polizia tanto *severa dei* teatri; sicchè, in quanto ai direttori *locatari*, *il fatto* che avea cagionato lo incendio dovea riputarsi un vero caso fortuito. La decisione adunque non giudica, come crede Duvergier, ed anche Devilleneuve nel sommario che ne fa, che *i locatari del teatro non sono soggetti all'art.* 1733 (1579), il che sarebbe falso, sibbene che il fatto imputabile al locatario trattandosi di altri edificî, può essere, trattandosi di teatri avuto in riguardo alla loro destinazione eccezionale, un vero caso fortuito, un avvenimento di forza maggiore, cioè la prima delle tre cause per cui cessa la responsabilità secondo lo articolo 1733 (1579). Sicchè la decisione, anzichè allontanarsi da quello articolo, giudica in forza di esso.

(2) Tranne che, secondo una recente decisione della Corte di cassazione, l'incendio non derivasse da un fatto compito dal locatario nell'esercizio del suo dritto di godimento. Ric., 30 gennaro 1834 (Dev., 1, 97).

ltro il suo locatario, egli dovrà provare **colpa**, poichè in tal caso il convenuto **re rispondere,** *non più in forza di una* ***esunzione****, ma in forza dell'art.* 1382 **336).** Ora come mai Toullier, dopo aver **.to che** gli art. 1382-1383 (1336-1337) **n contengono** la presunzione della colpa, **proclamato** quindi (n. 172 *in fine*) che *i* ***:ini*** *sono risponsabili solamente in forza* **essi** *articoli* 1382-1383 (1336-1337), **ò ricavarne** la conseguenza che il vicino **bba rispondere** della sua colpa provata ***presunta?*** E come mai Duvergier, nella **a edizione** annotata di Toullier, non ha **servato** una tanta contraddizione? . . . . **:r altro** la mancanza di presunzione è **ggi un** punto costante in dottrina e in **urisprudenza** (1).

Per medesimezza di ragione, il proprie-rio della casa distrutta dal fuoco appic-ato per causa di un amico del locatario, ne questi ha fatto seco coabitare, non po-à farsi ristorare dall'amico del locatario e non provi la sua colpa. Egli certamente rà ben dritto di invocare l'articolo 1733 1579) contro il locatario, il quale deve spondere delle persone che tiene in casa ome di sè medesimo; ma non già contro il o ospite, il quale non è affatto soggetto lla obbligazione di restituir la cosa (2). a presunzione dell'articolo non potrebbe emmeno invocarsi da un locatario contro n altro locatario, o contro il proprietario he occupi una parte della casa, avvegna-hè eglino non siano tenuti di restituir la osa al primo (3). In questi e in altri ana-oghi casi, l'attore deve provare la colpa er ottenere lo scopo della sua azione.

Per l'incontro, dovrà applicarsi la presunzione del nostro articolo 1733 (1579), e non già gli articoli 1382-1383 (1336-1337), nel caso di un sullocatario che debba rispondere al locatario principale o al proprietario. Infatti il sullocatario è obbligato in faccia al locatario principale coi medesimi vincoli che obbligano costui inverso il proprietario, il quale potrà anche agire contro il sullocatario in nome del suo locatario (4). Si applicherà del pari nella locazione di una cosa mobile, come un naviglio, non che in quella di un immobile; infatti è stato da noi sopra osservato che le regole stabilite nella nostra sezione, non ostante la sua rubrica assai ristretta, sono comuni a tutte le locazioni di cose (5). Infine, la presunzione varrà anche, checchè dicano in contrario due decisioni della Corte di Limoges, nel caso di una colonìa parziaria, come in quello di un affitto ordinario. Invano si assume che la colonìa parziaria non sia una locazione ma una società; questa idea assoluta è falsa del pari che quella di Duvergier, il quale pretende in senso contrario che non sia una società ma una pura locazione; poichè invero essa partecipa della natura dei due contratti, come fu dipoi riconosciuto dalla medesima Corte di Limoges. Pertanto dovrà applicarsi il nostro articolo 1733 (1579) alla colonìa parziaria, perchè essa è insieme una società e una locazione (infatti il Codice ne parla nel titolo della locazione e non in quello della società; il che solo basterebbe per applicare a quel contratto le regole che il Codice dichiara riguardare tutte le locazioni dei beni rustici) e perchè essa obbliga il locatario, del pari che una locazione ordinaria, a conservare la cosa e a

(1) Proudhon (*Usuf.*, nn. 1561-1565); Duranton (XVII-105); Duvergier (I-412); Zachariae (III, pagina 15); Troplong (II-365); Taulier (VI, p. 242); Grenoble, 22 genn. 1824; Parigi, 16 maggio 1825; Nancy, 19 luglio 1825; Rig., 18 dicembre 1827; Cass., 1 luglio 1834; Limoges, 25 novembre 1838 (Dev., 34, 1, 559; 39, 2, 405); Besanzone, 11 maggio 1854 (Pal., 54, 1, 517).

(2-3) Toullier (XI-168); Duvergier (I 431 e 413); Zachariae (III, p. 15); Troplong (II-367-369); Taulier (VI-241); Bordeaux, 25 giugno 1828; Lione, 12 agosto 1829; Cass., 11 aprile 1831; Douai, 27 dicembre 1844 (Dev., 31, 1, 196; 45, 2, 286).

(4) Toullier (XI-169); Duranton (XVII-112); Duvergier (I-434); Troplong (II-372); Riom, 10 febb. 1843 (Dev., 43, 2, 235); Besanzone, 11 magg. 1854 (Pal., 54, 1, 517). — *Vedi* intanto Parigi, 12 febbraro e 2 agosto 1851 (Pal., 51, 1, 475; 52, 2, 165). — La risponsabilità del sullocatario in faccia al locatario principale cessa, se questi abbia ritenuto una parte della cosa, godendone in comune col sullocatario. *Vedi* la riferita decisione di Besanzone, 11 maggio 1854.

(5) Lione, 7 marzo 1840 (Dev., 40, 2, 275; Pal., 40, 1, 504).

restituirla al locante (1).

IV. — Se la casa sia abitata da più locatari, si presume che tutti siano in colpa e che debbano rispondere in faccia al proprietario, tranne la prova in contrario. Cesserà cotesta presunzione, e quindi la responsabilità che essa induce, se alcuni provino che l'incendio sia cominciato presso il tale locatario (nel qual caso questi soltanto sarà responsabile), o che non abbia potuto cominciare presso di loro.

È questa la naturale conseguenza della obbligazione di restituire la cosa locata; e se l'art. 1734 (1580) si restringesse a queste semplici disposizioni, sarebbe quella una applicazione del dritto comune fra debitore e creditore. Ma esso si spinge più oltre, dichiarando obbligati tutt'i locatari solidariamente, dopo aver detto che tutti sono obbligati purchè non provino non essere in colpa.

Si è preteso da alcuni che quella non sia una vera solidarietà; che in fatto ciascuno dei locatari potrebbe costringersi per lo intero, senza perciò potersi applicare le altre conseguenze dell'obbligazione solidale, sicchè, per mo' di esempio, l'azione diretta contro uno di essi non farebbe interrompere, secondo l'art. 1206 (1159), la prescrizione per tutti. Ma questa idea ci sembra non potersi ammettere. La legge non ha detto soltanto che i locatari sarebbero tenuti *ciascuno per lo intero*, ma che lo sono *solidalmente*, stabilendo con ciò la solidalità; laonde non si potrebbe a piacere togliere questa o quell' altra conseguenza della solidalità, poichè la stessa legge le ha determinato tanto nel caso in cui essa ha luogo di pieno dritto, che in quello in cui risulti da una convenzione (articolo 1202 (1155) e seguenti). Invero questa disposizione è un pò troppo spinta, ma che può farvi l'interpetre? *dura lex, sed lex.* Del resto, siccome l'obbligazione solidale si divide nei rapporti dei condebitori fra di loro (art. 1213 (1166)), si potrebbe far quistione se il locatario che abbia tu[tto] pagato, debba rivolgersi contro gli altri [in] proporzione del valore della locazione [di] ciascheduno di essi, o per pretese porzioni uguali... Noi crediamo che t[utti] siano ugualmente responsabili, e che d[eb]bano contribuire per quote virili, poi[chè] il debito ha per oggetto una colpa pre[sunta] dalla legge, colpa che è uguale per [tutti]; avvegnachè, ignorandosi il fatto, il loca[tario] di un piccolo appartamento, secondo [la] presunzione, ha la medesima colpa del [lo]catario di un appartamento grande, e [si] reputa come costui aver cagionato la pe[r]dita di tutta intera la casa (2).

V. — Se il medesimo proprietario abi[ti] una parte della casa incendiata, è mani[]festo che perde di pieno dritto il benefi[cio] degli art. 1733-1734 (1579-1580), poichè ignorandosi affatto in qual parte della casa sia o no cominciato l' incendio, non può darsi luogo alla presunzione di colpa dei locatario.

In fatti i nostri articoli si fondano su queste tre idee: 1° quando non possa pro[]varsi da dove abbia origine il fuoco, si presume che nasca dalla casa medesima; 2° quando il fuoco sia principiato per un locatario, si presume che questi sia [in] colpa; 3° infine (e in conseguenza di que[]ste due prime idee), quando la casa sia abitata da soli locatari, sarà in colpa del[l']incendio l'uno di essi presso cui il fuoco sia cominciato, e non sapendosi chi fosse stato, si presume che tutti siano in colpa al tempo istesso e nella medesima propor[]zione. Or essendo il proprietario, uno degli abitanti della casa, non potrebbe più cono[]scersi se l'incendio sia cominciato presso uno dei locatari, poichè ha potuto derivare dall'appartamento del proprietario; e allora non può più applicarsi la presunzione di colpa su cui si fondano i due articoli. Per[]tanto quando sia dubbio in qual parte s[ia] cominciato o pur no lo incendio, non p[o]tranno per nulla applicarsi le nostre d[isposizioni]

(1) Limoges, 21 febbraro 1839 e 6 luglio 1840 (Dev., 39, 2, 406; 41, 2, 467). — Duvergier (I-99); Troplong (II-473); Limoges, 26 agosto 1848; Nîmes, 14 ag. 1850 (Dev., 49, 2, 321; 50, 2, [...]

(2) Duranton (XVII-110); Duvergier (I-422); Tr[op]long (II-379); Taulier (VI-p. 246).

ole se il proprietario abita la casa; nè
:sti potrebbe affatto pretendere, come
stato detto inesattamente nei motivi di
ı decisione della Corte di Lione, ed an-
: da Zachariae (pag. 14, nota 12), che
bba in tal caso ammettersi la presunzione
colpa per tutti coloro che abitino la casa,
: lui e per gli altri, pareggiando il
prietario a un locatario, e che quindi
li possa agir contro i locatari per otte-
rne la parte del risarcimento del danno,
gandosi da lui una ugual porzione.

Questa modificazione è fuor di proposito,
ichè si fonda anche sulla presunzione che
locatari siano in colpa (estendendola solo
proprietario, riguardandolo come loca-
rio), la qual presunzione ha luogo solo
ei locatari presso cui sia cominciato il
ıoco. Certamente il proprietario potrebbe
ırsi riguardare come semplice locatario,
e vuole (e quanto prima vedremo che egli
uò molto dippiù); ma abbiamo già sopra
ıtto osservare che fra due locatari, lo at-
ıre dovrà provare la colpa. Giovi ripe-
ɜrlo, la presunzione si fonda sul fatto,
he il fuoco sia cominciato presso un lo-
atario; finchè questo fatto non è certo,
on ci sarà luogo a presunzione (1). Ma
ppena il proprietario provi semplicemente
he il fuoco non sia cominciato presso di
ui, egli riacquisterà (salvo l'importante os-
ervazione che ora faremo nel n. VI), il
eneficio degli articoli 1733-1734 (1579-
1580). Ciò provando, egli dimostra che
l fuoco abbia avuto principio presso un
ocatario, e fa rivivere quindi legalmente
a presunzione di colpa, che di conseguenza
produrrà tutti i suoi effetti. Invano Duranton
(XVII-109), volendo sostenere il contrario,
dice che in questo caso il proprietario era
li presente per guardare la sua cosa. La
obbiezione è veramente puerile, poichè il
proprietario che abita un appartamento della
sua casa, non ha affatto dritto d'intromettersi
presso i suoi locatari per conoscere quello
si facciano. Ripetiamo: se egli provi che
il fuoco non sia cominciato nell'appar-
tamento abitato da lui, egli prova con ciò
stesso che sia cominciato presso i suoi lo-
catari, e quindi ha luogo la presunzione le-
gale (2).

VI. — L'indennità dovuta dai locatari al
proprietario (o dai sullocatari al locatario
principale o al proprietario) deve essere
intera, cioè riparazione dell'intero pregiu-
dizio, che comprende il *lucrum cessans* e
il *damnum emergens*:

Non sarebbe così per una compagnia di
assicurazione, poichè essa si obbliga sol-
tanto a pagare l'immobile per quanto va-
leva al tempo dello incendio; ma il loca-
tario che è obbligato in forza del suo con-
tratto a restituire la cosa, deve rinden-
nizzare il creditore dello intero danno ca-
gionatogli dalla mancanza di restituzione (3).
Non si dica perciò, come Duvergier e Trop-
long (*loc. cit.*), che il locatario debba sem-
pre pagare la somma abbisognevole per
ricostruire lo edifizio, poichè in tal mo-
do il proprietario potrebbe *avvantaggiarsi*
della differenza di valore tra una casa
nuova e una antica; il locatario, a diffe-
renza di colui che assicura, deve risto-
rare il locante in modo da non fargli
perder nulla, ma non da farlo avvantag-
giare a sue spese, sicchè egli potrà pre-
tendere, occorrendo, che si metta a cal-
colo la differenza tra una casa nuova ed
una antica (4).

Però questa obbligazione del locatario si
estende solo all'oggetto locato; dal qual
principio deriva una conseguenza importan-
tissima, a cui non ha posto mente alcuno
fra gli scrittori, meno Zachariae. Troplong

(1) Duvergier (I-425); Troplong (II-380); Taulier (VI, p. 241-242); — Riom, 4 agosto 1829; Tolosa, 7 luglio 1843 (Dev., 44, 2, 175; Dall., 44, 2, 102; Pal., 44, 2, 166).

(2) Duvergier (I-416); Zachariae (*loc. cit.*); Troplong (II-371 e 380); Taulier (*loc. cit.*); — Parigi, 31 luglio 1851 (J. P., 1853, t. I, pag. 674); Lione, 17 gennaro 1834 (Dev., 34, 2, 211; Dall., 34, 2, 180). — I motivi di questa decisione di Lione, come abbiam detto, sono inesatti; ma la soluzione ne è giustissima, poichè nella specie il proprietario avea provato che il fuoco non era cagionato dalla sua casa.

(3) Duvergier (I-419); Troplong (II-390); Riom, 10 febbraro 1843 (Dev., 43, 2, 235; Dall., 43, 2, 143; Pal., 43, 1, 639).

(4) Nancy, 9 agosto 1849; Parigi, 3 genn. 1850 (Dev., 50, 2, 129 e 132).

(II-392) dice giustamente, come avea detto il professore alemanno e prima di lui Duvergier (I-420), che la presunzione di colpa ammessa in vantaggio del locante in quanto alla casa incendiata, non lo autorizzerebbe a domandare il prezzo dei mobili da lui posti nella casa, poichè essi non vanno inclusi nella obbligazione imposta al locatario di conservare e restituire, non essendo stati locati, sicchè, per averne il prezzo, il proprietario dovrebbe agire in forza dello art. 1382 (1336), provando egli medesimo la colpa. Ma nè Troplong nè gli altri hanno osservato doversi necessariamente applicare la medesima regola alla parte della casa abitata dal proprietario, e che bisogna quindi applicare la soluzione sopra esposta per il caso in cui la casa fosse in parte occupata dal locante. Questi conserverà certamente, come sopra abbiam detto, il beneficio degli art. 1733-1734 (1579-1580), cioè il dritto di farsi indennizzare dal locatario, e se siano più, il vantaggio di averli tutti in solido obbligati, purchè provi che il fuoco non sia cominciato presso di lui; ma in che consisterà allora il debito di indennità? Non sarà certamente su tutta la casa, checchè sembra ne dicano Duvergier e Troplong. Infatti il locatario o i locatari sono tenuti di pieno dritto e senza provar la colpa, appunto per la loro qualità e per la casa che tengono in affitto; or essi certamente non abitano la parte occupata dal proprietario, il quale dovrà quindi, affin di ottenere il ristoro di questa parte, provare la colpa giusta l'art. 1382 (1336). Pertanto dobbiamo riconoscere giustissima questa proposizione di Zachariae, sebbene come al solito non sia nè motivata nè spiegata: « Se il proprietario provi che l'incendio non abbia potuto cominciare nella parte da lui abitata, i locatari resteranno soggetti agli articoli 1733 e 1734 (1579 e 1580), *senza che per ciò la loro responsabilità possa estendersi alla parte occupata dal locante* ». (III, p. 14).

VII. — Si è fatta quistione se bisogna ritener come valida in dritto la clausola, che suole inserirsi spesso nei biglietti di assicurazione, con cui la compagnia si fa sostituire, caso si avverasse lo incendio, nei dritti che il nostro articolo attribuisce al proprietario contro i suoi locatari. In breve, si è domandato se possa cedersi l'azione risultante dai nostri articoli, se possa trasmettersi dal proprietario ai suoi eredi creditori ed altri aventi-dritto, o se esclusivamente debba esercitarsi da lui. Gli è manifesto esser quello un dritto puramente pecuniario, che altro non importa che una quistione pecuniaria, la quale di conseguenza può trasmettersi a qualunque aventecausa; per cui dovrà ritenersi efficace la sua cessione, e valida del tutto la clausola di cui è parola. Tutti gli scrittori son di accordo su questo punto, che infatti non può mettersi in controversia, ed una giurisprudenza oggi costante l'ha giudicato in questo senso.

Nondimeno alcuni si sono opposti a cotesta soluzione. Una decisione di Colmar dei 13 genn. 1832, una sentenza di Strasburgo dei 15 aprile 1833, ed una decisione di Orléans dei 12 febb. 1836 (che furono per altro annullate) hanno giudicato il contrario, ed anche oggi la conferenza dei giovani avvocati di Parigi si diletta ancora a discutere questa pretesa quistione (*Confer. dei sabati* 29 *maggio e* 12 *giugno* 1852). Ma le immaginarie obbiezioni dirette contro questa verità rendono più manifesto che sia impossibile il volerla seriamente impugnare. Essi han preso le mosse da ciò, che una tal cessione sarebbe immorale e contraria all'ordine pubblico, poichè toglierebbe al locatario la *possibilità* di interessare il proprietario intorno alla sua triste condizione. Ma noi in risposta domandiamo: se i proprietari, e in generale tutt'i creditori, siano più proclivi delle compagnie a interessarsi della condizione dei debitori; se il proprietario che sarebbe capace di tanta generosità da rimettere al locatario una porzione della somma dovuta, non possa anche rilasciargliela sull'indennità che la compagnia gli accorda; se questa medesima possibilità di ritrovare maggiore pietà nella tale persona e non nel suo cessionario non sia per altro soggetta a tante altre circostanze, sicchè non si potrebbe

nerne altro risultamento che quello di lere *in fatto* la cessione funesta pel dere, ma non per questo *illegale*; se inla contraddizione all'interesse pubblico al pensiero intimo dei nostri articoli si ritrovi piuttosto nella contraria dota, poichè se si ponga mente che, asırato il proprietario, i locatarî restano avati da qualunque responsabilità e non o più tenuti a rispondere della presunne di colpa, nè in faccia al proprietario e è reso indenne dalla compagnia), nè faccia alla compagnia, verrebbero cerıente meno tutte le precauzioni che la gge ha stimato necessario prendere affin prevenire gli incendî!... Ma questo armento, che varrebbe in *legislazione*, stato tosto abbandonato, e cercandosi alche ragione *di dritto* si è detto con rietà che *la surrogazione* consentita in un biglietto di assicurazione, prevedendo una disgrazia ed un pagamento affatto eventuale, non contiene le rigorose condizioni richieste dall'art. 1250 (1203) per la surrogazione convenzionale. Come se qui si trattasse della surrogazione propriamente detta, sia legale, sia convenzionale! In questo caso il proprietario cede il suo dritto eventuale alla compagnia, nel contratto di assicurazione, per il caso in cui avvenisse la disgrazia; or siccome è permesso, tranne un divieto che qui non esiste, il cedere qualunque sorta di beni, dritti ed azioni, futuri ed incerti, o presenti e assicurati, così bisogna ritener valida la sopraddetta clausola, come fanno gli scrittori e le decisioni, non ostante le minute arguzie immaginate dalla conferenza dei giovani avvocati di Parigi (1).

1735 (1581). — Il fittaiuolo è tenuto pei terioramenti e per le perdite cagionate per fatto delle persone della sua famiglia o de' suoi subaffittuali.

I. — Nel dritto romano il locatario era nuto pei guasti cagionati dalle persone sua famiglia sol quando egli era in colpa averne scelto di tali dalla cui negliınza potea arrecarsi danno (2). Ma la ıstra antica giurisprudenza e al pari di ısa il Codice non hanno ammesso cotal oria troppo feconda di pratiche difficoltà.

locatario appo noi deve rispondere di ıtte le persone di sua famiglia senza ecızione o distinzione alcuna; egli deve esser rudente e cauto sia nello ammetterle che el sorvegliarle.

Pothier (3) intanto pretendeva doversi ıre eccezione in favore del locandiere pei anni cagionati da colpa o imprudenza di n viandante, se non derivassero da inendio; e Duranton (XVII-107), seguendo ppunto la via opposta, insegna che il loandiere, il quale nei casi ordinarî è sempre risponsabile delle persone che alberga, non lo sarebbe più nel caso d' incendio, tranne non vi fosse negligenza o imprudenza per parte di lui. Noi non potremmo ammettere nè l'una nè l'altra delle due eccezioni che si confutano scambievolmente. Il Codice non fa eccezione per il locandiere; dunque la regola è comune a lui come agli altri. I viaggiatori che egli accoglie, mentre soggiornano presso di lui, sono persone di sua famiglia, sullocatarî temporanei, compresi nei termini della legge; e questa disposizione, per quanto possa essere alle volte severa inverso i locandieri, non deve affatto sorprenderci, mentre il Codice li dichiara del pari tenuti inverso i viaggiatori di tutti i furti o danni cagionati dai domestici od anche *dalle persone estranee che vanno e vengono nell'osteria* (4).

(1) Toullier (XI-238); Duvergier (I-418); Troplong I-393); Taulier (VI, p. 243); Grun e Joliat (n. 296); ardessus (*Dr. comm.*, II-595-5); — Rig., 1 dic. 1834; ass., 13 aprile 1836; Cass., 24 nov. 1840; Parigi, 2 marzo 1841 Amiens, 24 luglio 1841 (Dev., 35, , 148; 36, 1, 271; 41, 1, 45, 2, 538; 45, 2, 93).

(2-3) Dig., 11 (*loc. cond.*, 30, § 4, *ibid.*); Domat (lib. 1, tit. 4, sez. 2); Pothier (nn. 193-194).

(4) Duvergier (I-431); Troplong (IV-397). Quest'ultimo scrittore va errato nel credere che Duranton segua la stessa dottrina di Pothier. Abbiamo veduto al contrario che egli adotta la opposta.

5° Del termine dello affitto e della tacita riconduzione.

1736 (1582). — Se l'affitto si è fatto senza scrittura, non potrà una parte dare il congedo all'altra, senza osservare i termini prefissi dalla consuetudine de' luoghi.

1737 (1583). — L'affitto fatto per mezzo di scrittura cessa *ipso jure*, spirato il termine prefisso, senza che sia necessario dare il congedo.

SOMMARIO

I. Cattiva compilazione degli articoli. Le parole con scrittura — senza scrittura — *significano* con o senza indicare una durata certa. *Del resto l'art.* 1736 (1582) *è falso in quanto ai beni rustici.*

II. Inconvenienti che sorgono dal non avere la legge stabilito una regola legale pei termini dei congedi, e dall'essersi rimessa alle consuetudini.

III. Il congedo deve provarsi colla scrittura; *non bisogna che sia accettato (errore di Duranton), nè che sia fatto in doppio (errore di Duvergier).—Effetto del congedo; modo di agire contro il locatario* ...

I. — Secondo il testo di questi articoli, si dovrebbe o pur no dare il congedo per far cessare lo affitto, secondo che esso siasi fatto senza scrittura o per mezzo di scrittura; ma questo è un vizio di compilazione che bisogna evitare, checchè sia stato detto in contrario da una decisione della Corte di Parigi (1). Gli è vero che d'ordinario lo affitto verbale suol farsi senza indicare un termine prefisso, per cui sarebbe necessario il congedo, e che lo affitto consentito con iscrittura lo indica; ma appunto in ciò sta il vizio di compilazione del Codice, replicato nei tre articoli 1774-1776 (1620-1622), nei quali parla pure *de eo quod plerumque fit*. Ma non è certamente impossibil cosa che un affitto verbale sia consentito per un tempo stabilito, e che viceversa quello per mezzo di scrittura sia fatto per un tempo illimitato. Sicchè bisogna dire che il congedo sia o pur no necessario, secondochè la durata dello affitto (non monta se verbale o fatto per mezzo di scrittura) sia o pur no indefinita (2).

In tal modo rettificato, l'articolo 1736 (1582) è ancora inesatto. Infatti, secondo la rubrica della nostra sezione, dovrebbesi dare il congedo per qualunque fitto consentito indefinitamente, per casè, *o per beni rustici*. Or gli articoli 1774-1775 (1620-1621) dicono al contrario, che l'affitto di un fondo rustico consentito per un tempo indefinito (*senza scrittura*, secondo il linguaggio improprio del Codice) si reputa fatto pel tempo che è necessario (art. 1774 (1620), di guisa che cessa di pieno dritto collo spirare del tempo pel quale s'intende fatto, senza bisogno di congedo (art. 1772 (1621). Per altro questa inesattezza, che è derivata dalle norme apportate alla prima distinzione dei nostri articoli, esiste anche in senso inverso; e i nostri articoli non dovranno applicarsi alla metà dei beni di cui parla la rubrica, dovranno bensì applicarsi ad altri beni di cui essa non fa cenno. Infatti è manifesto che sarebbe o pur no necessario il congedo per lo affitto di una cava, di una miniera, di un battello lavatojo, di un battello di bagni, secondo che sia stato o pur no indicato il tempo della sua durata.

II. — Non ostante l'inchiesta fattane da molte Corti di appello nelle loro osservazioni, il Codice non ha voluto stabilire una regola generale per determinare i termini da osservarsi per la notificazione dei congedi. Esso se ne rimette alla consuetudine dei luoghi, ma a torto; poichè oltre la varietà delle regole seguite su tal riguardo nelle differenti province, le consuetudini

(1) Parigi, 28 ag. 1840 (il *Dritto* dei 2 sett.).
(2) Delvincourt (t. III); Duranton (XVII-116); Duvergier (I-483); Zachariae (III, p. 23); Troplong (II-404); Taulier (VI, p. 249).

medesime e quindi le regole da seguirsi sono molto dubbie e intese variamente nel medesimo luogo. Infatti a Parigi, in cui tanti giureconsulti hanno scritto e tante decisioni sono state profferite, non si è mai di accordo su questi punti. È certo che la Consuetudine ammette costantemente quattro epoche, che cominciano il 1° gennaro, il 1° aprile, il 1° luglio e il 1° ottobre; che ciononostante i pagamenti della pigione non possono pretendersi prima del giorno otto di questi quattro mesi per le piccole locazioni, nè prima del quindici per tutte le altre; che l'entrata e lo sgombero si effettua in queste medesime epoche per le due classi di locazioni, ed anche a metà del termine per le piccole; che infine i congedi devono essere rilasciati sei settimane prima (una metà del termine) per le piccole locazioni, tre mesi per le grandi, e sei mesi per alcune altre. Ma in che si distinguono le prime e le seconde, e seconde e le terze?

Il termine di sei settimane basta pei piccoli appartamenti di 400 fr. o meno, quello di tre mesi è richiesto per gli appartamenti di più di 400 fr. Fino al 1838 la consuetudine era costante per le locazioni *maggiori* o *minori* di questa somma; ma una sentenza del tribunale della Senna dei giugno di quell'anno (*il Dritto* dei 28 luglio) giudicò doversi applicare il termine di sei settimane quando la pigione sia appunto di 400 fr.

Il termine sarà di sei mesi se trattisi di una casa o di tutto intèro un edificio, di un corpo di botteghe o magazzini sporgenti in pubbliche vie. Ma se i magazzini o le botteghe sporgano in un cortile o un pian sopra terreno, qual termine dovrà accordarsi, quello di sei mesi, come sostiensi da alcuni pratici e da una sentenza del tribunale della Senna del 2 marzo 1843 (1), o quello di tre mesi o sei settimane, come è giudicato (2) da una decisione dei 22 giugno 1842?.. Per gli appartamenti di più di 400 fr. si dovrà sempre applicare il termine di tre mesi, qualunque fosse la pigione, come è giudicato da una decisione di Parigi del 20 luglio 1825, o si dovranno accordare sei mesi quando la pigione sia di 1,000 fr., come dicono Delvincourt (t. III) e Pigeau (alla parola *Congedo*) secondo un antico atto di notorietà del Castelletto, o quando sia di 4,000 fr., come giudica una decis. dei 12 ott. 1821? I sei mesi sono forse necessarî, indipendentemente dal prezzo, come affermano Duvergier (II-39) e Troplong (II-406), pei commissarî di polizia, giudici di pace, maestri di pensione e institutori, o si dovrà applicare la regola ordinaria di sei mesi, tre mesi o sei settimane per tutte o alcuna di queste persone? Infine, qualunque sia il termine, dovrà computarsi dal giorno del pagamento e dello sgombero (cioè dopo otto o quindici giorni scorso il termine), come dice Duranton (XVII-169), o non si dovrà tener conto degli otto o quindici giorni, come dicono Duvergier (II-66) e Troplong (II-420)?...

Ma queste non sono quistioni di dritto, ma semplici quistioni di fatto, poichè la legge dice soltanto *doversi seguire la consuetudine*; sicchè non si dovrà far altro che conoscere *qual sia la consuetudine* su questi varî punti.

Pertanto la Corte di cassazione non dovrà mai occuparsi di tali quistioni (Rig., 23 febb. 1814); il giureconsulto non dovrà nè tampoco interessarsene; e le difficoltà che nascono intorno alla conoscenza delle consuetudini, difficoltà che sono le medesime in Parigi e nelle province, dimostrano a sufficienza che le Corti di appello hanno avuto ragione a domandare una regola legale, e che i redattori del Codice han fatto male a non stabilirla.

III. — Il congedo bisogna provarsi con iscrittura, anche quando la pigione sia minore di 150 fr. Ciò è ben chiaro; e per altro l'art. 1715 (1561), a cui rimandiamo, non dà luogo al menomo dubbio (3); però

(1-2) *Il Dritto*, 3 marzo 1843; Dall., 43, 2, 213; Pal., 43, 2, 151.

(3) Merlin (*Quist.*, alla parola *Pruova*, § 5); Toullier (IX-34); Duranton (XVII-51); Curasson (I-29); Duvergier (I-489); Zachariae (III, p. 25); Troplong (II-422); Taulier (VI, p. 250); Cass., 12 marzo 1816; Bastia, 15 nov. 1826.

basta qualunque specie di scrittura: una lettera missiva, la dichiarazione di una quietanza. La scrittura del resto è necessaria per la prova, sicchè riconosciuta la esistenza di un congedo verbale, questo sarà efficacissimo, sia la pigione maggiore o minore di 150 fr.

Il congedo non è una convenzione, non risulta dal concorso di due volontà, ma è l'espressione di una sola volontà, l'atto di una persona che dichiara all' altra la sua intenzione di por fine nel tal momento al tale stato di cose, voglia o pur no; sicchè non è necessario che sia accettato da quegli a cui si notifica, ma basta che si riconosca di essere stato notificato.

La contraria dottrina di Duranton (XVII-122) contiene, siccome dice Duvergier, *un grave errore*, che è stato unanimemente condannato dagli scrittori (1). Ma se il congedo non è una convenzione unilaterale, molto meno sarà sinallagmatica; la regola degli originali in doppio (articolo 1325 (1279 M) non lo riguarda in nessun modo; e se la soluzione di Duranton in quanto alla accettazione, è stata giustamente tacciata come grave errore, quella di Duvergier che dice necessarî gli originali in doppio (I-492) è anche più erronea. Invano il nostro dotto concittadino assume che colui il quale dà un congedo comprovato con atto semplice resta a discrezione dell'altra parte: la sua obbiezione non è da senno, e viene doppiamente confutata. Egli confonde la quistione della prova con quella della validità; se colui il quale dà un congedo in un atto semplice non bada a premunirsi contro l'altra parte, ma lascia a discrezione di questa il poterne sopprimere o negare la esistenza, ciò importa che quello varrebbe come un congedo verbale che del pari si sarebbe potuto negare, ma che sarà nondimeno efficace se si riconosca esistere. Inoltre cotesto inconveniente, che in dritto è di nessuno rilievo, può ben facilmente evitarsi quantunque facciasi un semplice atto, poichè spesso la scrittura si fa, colui che riceve il congedo, e che in tal modo ne attesta la ricevuta (2).

Il congedo fa cessare i rapporti e le medesime qualità di locante, e locatario. In conseguenza quest'ultimo, sia congedato dal proprietario o da se medesimo, deve lasciare, e restituire liberi i luoghi al tempo indicato. Se si neghi a ciò, il proprietario può ottenere una sentenza a breve termine che ordini lo sfratto immediato, e se il locatario resista ancora, la sentenza sarà posta in esecuzione da un usciere, che al bisogno potrà farne uscire *i mobili sulla pubblica strada*. Prima della legge dei 25 maggio 1838, i proprietarî di piccoli appartamenti per andare più spediti ad evitare le spese della sentenza, soleano usare un mezzo più spedito contro i locatarî ostinati, facendo togliere le porte e finestre ed anche la scala se era possibile, riducendo in ogni modo la casa in istato da non potersi abitare. Questo mezzo, sebbene al certo spiacevole, pure non era affatto illegale, checchè ne dica Curasson (p. 303), poichè la violenza non si usava contro il locatario, nè contro i suoi mobili, ma la casa, della quale il locante avea riacquistato il dritto di godimento, e su cui il locatario non avea più alcun dritto, ma bensì il proprietario era del tutto libero di disporne a suo talento (3). Ma oggi che la legge del 1838 ha dato un mezzo sì pronto e poco dispendioso per le locazioni che non eccedano 400 franchi in Parigi, e 200, nelle provincie, facendo profferire dal giudice di pace una sentenza esecutoria sulla minuta e senza la formalità del registro, non sarà certamente più necessario ricorrere ai mezzi leciti è vero, ma alquanto selvaggi, di cui abbiamo parlato.

1738 (1584). — Spirato il termine prefisso nella scrittura di affitto, se il fit-

(1) Toullier (IX, 34); Curasson (*loc. cit.*); Duvergier (I-493); Zachariae (III, p. 25); Troplong (II-423).

(2) Curasson, (I, p 289); Troplong (II-425); Taulier (VI, pag. 250).

(3) Troplong (II, nn. 435-442), e la decisione di Nancy, 7 agosto 1834, da lui ricordata.

juolo rimane ed è lasciato in possesso, si ha per conchiuso un nuovo affitto, il cui effetto è regolato dall'articolo relativo alle locazioni fatte senza scrittura.*

1739 (1585). — Quando si è intimato il congedo, il conduttore, ancorchè abbia continuato nel suo godimento, non può opporre tacita riconduzione.**

1740 (1586). — Nel caso de' due articoli precedenti, la malleveria data per l'affitto non si estende alle obbligazioni risultanti dalla prolungazione del termine.

I. — Se il locatario, al termine di un affitto consentito per un termine stabilito, rimanga volontariamente e sia lasciato dal locante in possesso della cosa, ciò basta per indicare la volontà delle parti di voler protrarre i loro rapporti di locante e di locatario, e si dovrà ritenere che siasi formata una tacita convenzione per far susseguire un novello affitto a quello già trascorso. Questo novello affitto durerà per un tempo indeterminato, e finirà per mezzo di un congedo, come sopra abbiam detto, poichè esso formasi tacitamente e senza alcuna spiegazione. Però, onde effettuirsi questa tacita riconduzione, è necessario che l'altro periodo del possesso posteriore al termine del precedente affitto sia di una durata bastevole a manifestare questa volontà delle parti: pochi giorni di tolleranza, che potrebbero accordarsi per la difficoltà dello sgomberamento o per qualunque altra causa, non sarebbero affatto sufficienti; i giudici del fatto dovranno in caso di lite decidere secondo le circostanze se tale volontà sia o pur no abbastanza chiara.

Se il termine stabilito nel precedente affitto sia trascorso, il novello affitto formerà un nuovo periodo, come è detto nell'articolo **1738 (1584)**, e non già un prolungamento del primo, come par che dica lo art. **1740 (1586)** che con poca precisione è stato compilato. Essendo nuovo lo affitto, ne segue che le garanzie annesse al primo non si estenderanno tutte di pieno dritto al secondo. La malleveria che si sarebbe data pel primo non sarà dovuta per l'altro, tranne che colui che la dà non presti nuovamente il suo consenso; l'ipoteca che il locatario avrebbe data non sarebbe affatto rinnovata, poichè essa deve risultare da un atto autentico. Ma le particolari garanzie o clausole del precedente affitto, che sian capaci di rinnovarsi per tacita convenzione, esisterebbero pel nuovo affitto, poichè questo, atteso il silenzio delle parti, si reputa naturalmente fatto colle medesime condizioni del primo. Così, la riserba fatta nel precedente affitto, che esso si scioglierebbe se il locatario fosse promosso a pubblici ufficî in altro luogo, varrà senza meno pel secondo, poichè tutto indica che il locatario ha inteso continuare nello affitto sotto quella condizione (1).

II. — In questo medesimo caso dello affitto consentito per un termine prefisso, se il locatario intimi al locante, o questi al primo un atto che l'art. **1739 (1585)** dice congedo, ma che in verità non è il congedo di cui sopra abbiamo parlato (poichè questo è diretto a far cessare una locazione illimitata, mentre che quello di cui qui si parla equivale ad una protesta per impedire la formazione del novello affitto), non si formerà più la riconduzione, poichè impedita dalla protesta. Il medesimo si dica, nel caso di una locazione illimitata, del congedo propriamente detto, il quale dichiarando esser finito lo affitto corrente, implica necessariamente la protesta contro la formazione di un nuovo affitto: quando si vuole annullata una locazione, che potrebbe ancora durare, non si pensa

* La tacita riconduzione ha luogo anche nelle locazione verbali. C. S. di Napoli, 31 agosto 1824. — Negli affitti i quali non possono farsi se non innanzi a certe autorità, e con certe forme, non è luogo a tacita riconduzione, poichè la tacita riconduzione suppone il consenso tacito delle parti, e in siffatti casi il consenso deve essere espresso. C. S. di Napoli, 17 marzo 1855.

** Perchè col rimanere il conduttore nello affitto non s'intenda avvenuta la tacita riconduzione, è assolutamente necessario il congedo. C. S. di Napoli, 2 agosto 1823.

(1) Rouen, 11 gennaro 1849 (Dev., 50, 2, 31).

affatto volervene sostituire un'altra del tutto simile.

Infine, sarà anche il medesimo, se nella locazione primitiva, o dipoi nel corso della stessa, siasi inserita una clausola che vieti la tacita riconduzione. Nondimeno in questi tre casi, si dovrà necessariamente ritenere come non avvenuta la riconduzione, se il possesso posteriore al termine del precedente affitto fosse di poca durata; nel caso contrario sorgerebbe chiaro essersi abbandonata la precedente volontà, e consentito tacitamente al novello affitto.

Ciò che abbiam detto del congedo fatto al finire di una locazione consentita per un termine prefisso, si dovrà anche estendere al congedo fatto al termine di uno dei periodi di una locazione consentita per nove o dodici anni, con facoltà alle parti o ad una di esse di farlo cessare di tre in tre anni, avvertendolo precedentemente, se dopo questo congedo si fosse seguito a possedere per un tempo bastante a far supporre la tacita riconduzione. In questo caso ancora si formerà un novello affitto, che si potrebbe far finire per mezzo di un congedo fatto secondo l'uso dei luoghi, e non già una continuazione del precedente affitto che potrebbe finire dopo tre nuove annate (1).

La tacita riconduzione si effettua tanto pei mobili che per gl'immobili, per esempio pei mobili locativi ad annata dal tappezziero. Però, siccome la locazione dei mobili, a differenza di quella delle case, può cominciare e finire in qualunque tempo, si potrà quindi a piacere delle parti dar termine alla locazione illimitata che risulti dalla tacita riconduzione (non che a quella fatta espressamente, ma senza durata prefissa), senza bisogno di aspettare una delle quattro od otto epoche dell'anno sopra indicate, purchè si accordi un giusto termine dopo l'avvertimento. Ciò per regola generale, salvo le circostanze in cui potrebbe esser chiara la volontà delle parti di voler far finire la locazione dei mobili al medesimo tempo che quella degli appartamenti.

6. Delle cause per cui si scioglie la locazione.

1741 (1587).—Il contratto di locazione si scioglie, quando la cosa locata perisce, o quando il locatore ed il fittaiuolo mancano rispettivamente di adempiere alle loro obbligazioni.*

1742 (1588 M).—Il contratto di locazione non si scioglie per la morte del locatore, nè per quella del fittaiuolo.**

I. — Perchè si sciolga la locazione, non è necessario che al tempo stesso il locante e il locatario manchino alle loro obbligazioni, come par che sia detto nell'art. 1741 (1587). Infatti gli è manifesto esser sufficiente che l'una o l'altra parte non adempia la sua obbligazione (2).

Alla morte del locatario sussistono *i con-*

(1) Parigi, 5 ap. 1850 (J. P., 1850, t. II, p. 266).

* Per lo scioglimento di una locazione a causa di mora, si deve por mente sempre allo ammontare dell'intiero contratto, non già solamente alla quantità dello arretrato. C. S. di Napoli, 16 marzo 1839.

** Il corrispondente art. 1588 è così concepito: « Il contratto di locazione non si scioglie per la morte del locatore, nè per quella del fittaiuolo. La locazione si scioglie coll'aggiudicazione della cosa, se il prezzo in tutto o in parte sarà pagato ai creditori che hanno l'ipoteca sulla cosa stessa, e che sono anteriori alla locazione.

— La locazione non è pregiudicata dalla vendita necessaria fatta anche con autorizzazione del Governo ad un corpo morale. C. S. di Napoli, 21 novembre 1820.

— La locazione viene a sciogliersi non solamente con l'aggiudicazione per espropriazione, ma con qualunque altra, e sia qualunque la causa onde abbia la medesima effetto. C. S. di Napoli, 9 febbraro 1826.

— L'art. 1588 delle leggi civili risguarda il favore dell'aggiudicatario, e l'articolo 769 delle leggi della procedura ne' giudizi civili risguarda quello de' creditori. Il primo può quindi chiedere la risoluzione del contratto, ancorchè non concorrano gli estremi del detto art. 769. C. S. di Napoli, 30 ottobre 1827.

(2) Del resto, l'azione per lo scioglimento è forse tanto mista, che compete indistintamente al giudice ove son siti i luoghi o a quello del domicilio

tratti, sia per le locazioni dei fondi rustici, sia per quelle delle case, non ostante gl'inconvenienti potrebbe risentirne il locante. — Se questi non vuole che il suo podere passi nelle mani degli eredi del suo fittaiuolo, deve manifestarlo nel contratto.

Vedremo appresso (articoli 1763-1764 (1609-1610)), se il nostro articolo 1742 (1588 M) possa applicarsi alla colonìa parziaria.

1743 (1589). — Se il locatore vende la cosa locata, il compratore non può espellere il colono o l'inquilino, il quale abbia una scrittura di affitto autentica, o di data certa; purchè il locatore non abbiasi riservato un tal diritto nel contratto di affitto.*

SOMMARIO.

I. Osservazioni e rimando per la falsa dottrina di Troplong che pretende sia reale il dritto del locatario.

II. L'art. 1743 (1589) *si applica alla vendita, come a qualunque altra alienazione, tanto per il locatario che non sia in possesso, che per quello già immesso nel godimento: errore di Duranton e di Duvergier.*

III. Esso si applica pure al sullocatario, quand'anche in possesso.

I. — Questo articolo ha dato luogo alla strana teoria, con cui Troplong ha preteso stabilire sotto il Codice sia reale il dritto del locatario di immobili. Qualunque compratore di un immobile, dice il dotto magistrato, deve rispettare la locazione prima consentitane, sicchè il dritto del locatario è un dritto reale! Il compratore non succede alle obbligazioni personali del suo venditore, se non siansi fatte particolari convenzioni su tal riguardo; e siccome in questo caso il compratore deve necessariamente sopportare il dritto del locatario, è chiaro che il dritto di costui da semplice *jus ad rem* è divenuto un *jus in re!*

Strana dottrina, che non potrebbe affatto sostenere lo esame del giureconsulto, e che invece di giovare ai locatari, come certamente si è immaginato il suo autore, li metterebbe in una criticissima condizione, se si volesse prenderla alla lettera... Egli dice: il locatario non ha il dritto personale di costringere il locante o il suo rappresentante a *farlo godere* della cosa locatagli, ma il dritto reale *di godere* da sè medesimo. Che sia pure. Ma in tal modo, se il locatario del podere da me comprato l'ultimo anno mi domandasse di rifabbricargli la capanna o le scuderie distrutte da una tempesta, io potrei benissimo rispondergli, che egli non conosce affatto i suoi dritti; che io non sono per nulla obbligato a farlo godere, ma soltanto a lasciarlo godere; che egli non ha affatto un dritto personale con cui potesse obbligarmi a mantenerlo nel suo godimento, ma un dritto reale che, come usufruttuario, lo mette in rapporto diretto ed esclusivo colla cosa; che bisogna il locatario o chi lo consiglia siano ciechi (ripeto le parole di Troplong) per disconoscere che un'obbligazione personale non sia potuta passare dal venditore al compratore, per effetto di una vendita in cui nulla si è detto intorno a ciò; e che quindi dovrà egli, se lo giudichi a proposito, ricostruire gli edificî crollati, senza poter nulla da me pretendere... Credete voi che ciò gli torni conto? Eppure non è così. Il dritto che il loca-

del locatario, o semplicemente personale? Nel primo senso, *vedi* Parigi, 10 febb. 1853 (J. P., 1853, t. I, p. 328); — in senso contrario, *vedi* Cass., 14 nov. 1832; Caen, 24 genn. 1848; Bourges, 27 febbraro 1852 (J. P., 1850, t. I, p. 166; 1852, t. I, p. 391).

* Il vero padrone non è mai obbligato a dover rispettare quella locazione la quale sia stata fatta in mala fede da un terzo. C. S. di Napoli, 9 novembre 1824.

— È valida la locazione a vita, ed il compratore dee rispettarla. C. S. di Napoli, 8 febbraro 1827.

tario acquista in forza dello affitto non è un dritto reale, ma personale; il locante, o chiunque lo rappresenti, non è solamente tenuto, come qualunque estraneo a lasciarlo GODERE dell'immobile (art. 578 (503 M)), ma è *personalmente obbligato* di FARLO GODERE (art. 1709 (1555)). E siccome il Codice, nello interesse dei locatari, specialmente di quelli di beni rustici e per favorire l'agricoltura, ha voluto che lo affitto con data certa assicuri il locatario a non vederselo annullare mentre egli è in godimento, ha stabilito quindi che ogni compratore di un immobile dato in affitto con data certa fosse di pieno dritto soggetto *alle obbligazioni* del locante; esso ha inteso (è questa tutta la teoria del nostro art. 1743 (1589), che Troplong ha svisato volendone ricercare la spiegazione con astrattezze, mentre era facilissima), ha inteso semplicemente che la clausola che dà obbligo al compratore di rispettare la locazione della cosa fosse di pieno dritto sottintesa in qualunque atto con cui essa cosa si alieni!... Del resto, questa regola non è affatto nuova, nè sappiamo capire come Troplong abbia tanto vagato senza saperla trovare; essa infatti esisteva prima pei soli locatari degli immobili del fisco, ed il Codice non ha fatto altro che estenderla a tutti i locatari. Nelle vendite dei beni del fisco, dice Troplong (II-480 e I-11), *la clausola di rispettare lo affitto era sempre sottintesa*, e la legge supponeva essersi fatta *una tacita convenzione di lasciare il fittajuolo;* di guisa che il compratore era soggetto alle medesime obbligazioni del locante, senza alcuna ombra di dritto reale. Or bene, ciò che prima si faceva per alcuni immobili, oggi avviene per tutti; quel che prima la legge avea stabilito nell'interesse del fisco e de' suoi locatari, oggi lo ha fatto nell'interesse dell'agricoltura, dell'industria, del commercio e di tutti i cittadini; colla nuova regola non si è fatto altro che render generale la [...]tica, e la falsa idea (direi meglio impo[...]bile) di un dritto reale del locatario [...] è ammessa nè nell'una nè nell'altra. [...] resto, ci riportiamo a quello abbiam [...] sotto l'art. 526-V, 578 II e 595-I [...] 503 M e 520), in cui è confutato p[...]mente questo grave e manifesto er[...], che è stato, come è naturale, comu[...] dagli scrittori e dalle decisioni (1).

II.—Se si volesse spiegare giudaicame[...] testo del nostro articolo, senza indag[...] il pensiero, potrebbe dirsi che la re[...]gola debba applicarsi solo pel caso di [...]dita, non per gli altri casi di alienazi[...] e che essa vieti solo al compratore di [...]ciare il locatario entrato già in godi[...]to. Infatti Duranton (XVII-139) e Du[...]gier (I-281) opinano in tal modo, [...] meno in quanto a quest'ultimo punt[...] ciò a torto; poichè da un canto bis[...] riconoscere che la regola si applica [...] gli acquirenti, ai permutanti, donata[...] legatari non che al compratore; e d[...] canto che essa obbliga l'acquirente [...]spettare lo affitto non ancora cominci[...] e quello in corso di esecuzione.

E in vero non vi ha alcuna buo[...]gione o pretesto perchè un permuta[...] un donatario fosse libero dalla obbliga[...] che pesa sul compratore. Al prim[...] deve accordarsi maggior favore che a[...]pratore; il secondo ne merita certo [...]no; e l'interesse pubblico, per cui è s[...] dettata la nostra disposizione, è semp[...] medesimo nell'un caso come nell'altro. [...]gricoltura o l'industria soffrirebbero ug[...]mente della interruzione di un affitto, [...] fatta da un donatario o da un compra[...]re; la legge ha parlato del caso di v[...]dita, come il più ordinario, intendendo [...]somigliare a questo gli altri casi di [...]nazione. Ciò infatti è riconosciuto [...]tamente da Duranton (XVII-146) e da [...]vergier (I-556 e 557). La confutazione [...]

(1) Delvincourt (t. III); Toullier (III-388); Proudhon (*Usuf.*, I-102); Duranton (IV-73); Ducaurroy (*Thémis*, t. IV); Duvergier (I-279); Bellot des Minières (*il Dritto*, 20 maggio 1836); Championnière e Rigaud (IV-3032); Curasson (p. 330, 2ª ediz.); Taulier (VI, p. 210-214); Valenciennes, 21 [...]bre 1830; Rig., 14 nov. 1832; Caen, 21 ge[...] (Dev., 33, 1, 32; 49, 2, 533; Pal., 1850, [...]gina 166). — I motivi della decisione di C[...] notevolissimi.

..sa differenza tra il locatario che abbia ..nciuto a godere, e quello che ancora .. sia entrato nel godimento della cosa .che più evidente. Se si badi al motivo .cui fu dettata la nostra regola, all'in..sse generale che la legge ha avuto di .., alla garanzia che ha inteso assicu.. a qualunque locatario che abbia un ..o con data certa, si vedrà chiaro che .gna rispettare la locazione non comin..a del pari che quella che sia in corso .esecuzione. Per vero come si potrebbe obbligare il colono o il manifatturiero, .ali due o tre anni prima hanno fatto .ocazione del podere o dell'opificio che .rebbero occupare dentro un mese a .ndare alla ventura, l'uno tutta la gente . avea adibito per la coltivazione, e .tro i quattrocento operai impiegati alla .ura? Forse la impossibilità di avere il .imento della cosa locata non porterebbe .o i medesimi disastri che la necessità di .andonarla?

.l nostro art. 1743 (1589), come anche .vergier riconosce (pag. 258-259), ha .uto dar compimento alla riforma iniziata .la Assemblea costituente nella legge dei . settembre - 6 ottobre 1791, secondo la .le questo germe di miglioramento svilup..o poi dal nostro Codice, era stato stabilito . qualunque *scioglimento di locazione*, .teriore o anteriore alla immissione nel .dimento. Il Codice dunque intende par.. c di qualunque scioglimento di locazione; . usa appunto la parola espellere (*expul*.), perchè sotto l' antica giurisprudenza .letevasi sempre nella legge e negli scritti .i suoi interpetri, che *il compratore po*.*a espellere il locatario*, e i nostri com..atori han creduto certamente essere la .iglior cosa tracciare la via perfettamente .posta, dichiarando che oggi il *compratore* .*on può espellere il locatario*. Essi hanno .tto uso di cotesta espressione, della quale . fa così strano abuso, onde indicare con .aggiore precisione il mutamento radicale .e si effettuiva, e sorge chiaro il loro pensiero, cioè che qualunque successore particolare deve (come quello universale) *rispettare e mantenere la locazione*. — Ciò è stato giudicato con molta esattezza da una decisione della Corte di Dijon del 1827, che Troplong (I-498) a torto invoca in sostegno della pretesa realtà del dritto del locatario; ed è ben chiaro che la falsa idea del dritto reale è affatto estranea a tal quistione (1).

III. — Se il proprietario di un immobile dato in affitto con atto che abbia data certa, non può conferire nemmeno al compratore il dritto di goderne o farne godere in danno del locatario, con più buona ragione non potrebbe conferire questo dritto ad un altro locatario, contraendo fraudolentemente un novello affitto; dal che segue che fra due locatarii successivi bisogna preferirsi quello che abbia un contratto con data certa anteriore all'altro, senza badare a qualunque quistione di possesso. Invano si assume che un secondo locatario non è nelle medesime condizioni di un compratore, e che quindi nessuna analogia deve scorgersi fra essi due; che la tacita convenzione imposta dalla legge di lasciar godere e far godere il primo locatario, naturale in un contratto di alienazione, è impossibile in un secondo contratto di locazione, poichè in quest'ultimo caso il secondo contraente intende appunto ottenere il godimento come locatario, il che non potrebbe per legge esser tolto dal suo contratto, mentre n' è l'unico oggetto. A ciò si risponderebbe con buona ragione, che se il primo contraente per legge è più forte del secondo, quando questi sia un compratore, cioè un proprietario della cosa, dovrebbe tanto più esserlo quando il secondo contraente sia un locatario; che un compratore potrebbe aver comprato l'immobile appunto per servirsene egli medesimo, il che non gli toglierebbe affatto l'obbligo di dovere rinunziare al suo godimento, ed interromperlo se fosse già cominciato, per fare eseguire la convenzione dello affitto anteriore del suo acqui-

(1) Dijon, 21 aprile 1827 (Dalloz, 1827, 2, 119). - Zachariae (III, p. 26); Curasson (I, p. 370); Troplong (I-493 a 497).

sto; che il secondo locatario non potrebbe certamente come un compratore subire le due obbligazioni di lasciare eseguire lo affitto e di eseguirlo personalmente; egli non può in tal caso nulla fare a causa delle circostanze, e se non può essere obbligato dal suo contratto *a far godere* il precedente locatario, non potrebbe neanco avere *il dritto di impedirnelo*.

In breve, se il dritto del primo locatario deve esser preferito a quello di un compratore posteriore, molto più dovrà preferirsi a quello di un secondo locatario. Esaminiamo una ipotesi. Pietro, proprietario di un podere, conviene con Primo nel mese di gennaro una locazione, che deve cominciare in settembre, e che questi fa subito registrare; nel mese di aprile fa una seconda locazione a Secondo, che si immette in possesso, senza dare data certa al suo atto; poi in giugno o luglio vende il podere a Terzo. Il compratore potrebbe espellere Secondo dal podere, poichè il suo affitto è senza data certa; ma in settembre non potrebbe opporsi a Primo che domanda di entrare nel godimento del podere affittato. Or se Primo la vince su Terzo, che a sua volta la vince su Secondo, sarebbe conseguenza anche più forte di quest'altra se dovrebbe rivolgersi contro lui. Chè sarebbe forse negato a Primo, quando la vendita non ci fosse stata, il dritto di domandare lo spossessamento di Secondo, mentre ciò può fare di Terzo il cui diritto è meno forte di quello di Primo? Sarebbe proprio il caso di far dire a costui, parlando con Secondo, lo adagio: *Si vinco vincentem te, a fortiori te vincam* (1).

1744 (1590 M). — Se nel contratto di affitto si è convenuto che in caso di vendita il compratore possa espellere il colono o l' inquilino, e non siasi fatta stipulazione alcuna intorno a' danni ed interessi, il locatore è tenuto a far indenne il fittaiuolo nel modo seguente.*

1745 (1591). — Se si tratta di casa, di appartamento o di bottega, il locatore paga a titolo di danni ed interessi al fittaiuolo espulso una somma uguale alla pigione, per quel tempo che la consuetudine locale accorda tra il congedo e l'uscita.

1746 (1592). — Se si tratta di fondi rustici, l'indennità che il locatore dee pagare al colono, è il terzo del fitto di tutto il tempo che dovrebbe trascorrere per compiere l'affitto.

1747 (1593). — L'indennità sarà determinata dal giudizio de' periti ove si tratti di manifatture, fabbriche, o altri stabilimenti che esigano considerevoli anticipazioni.

1748 (1594). — Il compratore che voglia far uso della facoltà riservata nel contratto di affitto, di espellere il colono o l'inquilino in caso di vendita, è inoltre tenuto ad avvertire l'inquilino coll' anticipazione di tempo usata nel luogo per le denunzie di congedo.

L'affittuale de' beni rustici debbe esser avvertito almeno un anno prima.

1749 (1595). — I coloni o gl' inquilini non si possono espellere, se dal locatore, o in sua mancanza, dal nuovo acquirente non vengan prima soddisfatti de' danni ed interessi sopra spiegati.

I. — Su tutti questi articoli, compilati con tanta chiarezza, è sorta una sola quistione, cioè se è necessario che il compratore, affin di usare della facoltà riservata ne...

(1) Abbiamo creduto doverci alquanto intrattenere su tal quistione, poichè nessuno scrittore per quanto conosciamo, ne ha visto la difficoltà. Dei tre scrittori che ne parlano, Merlin (alla parola *Affitto*, § 6, n. 9) non dà alcun motivo della sua soluzione; Duvergier (I-283) si decide, applicando la falsa idea, da noi sopra confutata, che il dritto conferito dal nostro articolo al locatario suppone il possesso di costui; infine Troplong (II-500) scorge in ciò una conseguenza della *sua falsa dottrina* del drillo reale.

* Il nostro art. 1590 è così concepito:
« Se la locazione si scioglie coll'aggiudicazione ovvero se nel contratto di affitto, ec.

to di affitto di espellere il locatario, debaver dichiarato nel suo atto di acquisto e egli intenda poter usare di tal facoltà... principio, bisogna riconoscere con Du-gier (I-543) e Zachariae (III, p. 26), n essere affatto necessaria la stipulazione ll'atto di acquisto. L' art. 1743 (1589) e che il compratore non può espellere, non vi sia la riserba della facoltà nel conitto di affitto. Se dunque esista questa serva nell'atto di affitto, il compratore ha dritto di espellere il locatario, non richiedendosi dalla legge altra condizione. Il catario da canto suo non ha che oppor-, poichè nel contratto di affitto era stilato il dritto di espellere; e d'altra parte locante si reputa di pieno dritto aver ceuto al compratore tutti i suoi diritti sulla osa venduta, fra i quali quello di espelre il locatario; salvo a pruovare che *diverso* era lo intendimento comune nelatto di alienazione.—Questi principî non ono stati compresi da Delvincourt, Duinton (XVII-148) e Troplong (II-511); erò alle volte, secondo le circostanze, ntenzione delle parti può essere contraria, sicchè i giudici, per non obbligare lo alienante a pagare quei danni-interessi che appunto volea evitare, potranno in tal caso negare allo acquirente il dritto di espellere il locatario, vietatogli virtualmente dal suo contratto.

Gli è chiaro inoltre, secondo quello abbiam detto sotto l' articolo precedente, che tanto il locatario che non siasi immesso nel godimento, quanto quello che possegga già la cosa, han dritto ai danni interessi e ad essere precedentemente avvertiti. Così, se io tolgo in affitto per parecchi anni una casa a Parigi, nella quale dovrei entrare pochi giorni dopo che sia stata venduta, e il mio contratto abbia data certa, ma lasci al locante la facoltà di sciogliерlo in caso di alienazione, in tal caso il compratore dovrà lasciarmi il godimento per sei mesi, e pagarmi (ove non mi si paghi dal venditore) una somma uguale a sei mesi di pigione. Se la locazione sia di un semplice appartamento, il compratore dovrà far godere il locatario per tre mesi o sei settimane, secondo che la pigione sia maggiore o minore di 400 fr.

1750 (1596). — Se la locazione non si fatta con atto autentico, o non abbia data certa, il compratore non è tenuto a verun risarcimento di danni ed interessi.

I. — Se la locazione non abbia data cer-, il compratore, volendo sciogliere lo af-tto, non sarà più tenuto a pagare i danni nteressi, non pagandoli il locante, come opra abbiam detto; l'indennità in tal caso è n affare che riguarda esclusivamente il loante e il locatario. Ma dovrà il compratore revenir sempre il locatario; nè sappiam ome la contraria idea si possa trovare in na antica decisione, e sia anche oggi proessata, come sembra, da alcuni professori lella scuola di Parigi (1). Non soltanto l dritto, ma anche l' umanità divieta si acci fuori da oggi a domani una famiglia che si troverebbe senza tetto! Anche nell'antico dritto, in cui non si badava gran fatto ai locatarî, il compratore non poteva mai espellerli. Pothier, facendo a se stesso l'obbiezione se in dritto può nascere una tale obbligazione, risponde che essa è di quelle che nascono dalla sola equità naturale e dalla legge di carità che gli uomini devono aver l'uno verso l'altro.

Il nostro Codice, che tanto ha migliorato la condizione dei locatarî, non ha certamente voluto ammettere contro di loro questa specie di crudeltà che l'antica giurisprudenza disconosceva, e quando dice che la mancanza di data certa farà cessare l'una delle due obbligazioni; è ben manifesto che con ciò s'intende dover l'altra sussistere (2).

(1) Torino, 21 giugno 1810; Ripetiz. di Mourlon, ° Esame, p. 241.
(2) Pothier (n. 297); Bourjon (l. 4, t. 4, cap. 6, ez. 8, n. 74); Louet (lettera L, n. 11); Duranton (XVII-144); Duvergier (I-546); Troplong (II-518); Taulier (VI, p. 256); Bruxelles, 13 vendemmiale anno XIII.

1751 (1597). — Il compratore con patto di ricompra non può usare della facoltà di espellere il fittaiuolo, fino a che collo spirare del termine fissato per la ricompra, egli non divenga irrevocabilmente proprietario.

I.— Nell'antico dritto le decisioni negavano ai compratori con patto di ricompra il diritto di espellere i locatari, fino a che non fosse scorso il termine per esercitare la ricompra; e sebbene Pothier (n. 295) abbia confutato tale giurisprudenza, pure il Codice, per favorire sempre i locatari, l'ha stabilito come regola legale. La quale regola deve applicarsi per tutte le locazioni, abbiano o pur no data certa; nè sappiamo comprendere come Duranton (XVII-154) e Demante (III-441) ne abbiano fatto una quistione. Secondo l'art. 1743 (1589), gli acquirenti di immobili locati con una scrittura avente data certa, sebbene fossero proprietari certi, non possono espellere i locatari, diversamente di quel che faceasi nell'antico dritto; adunque la regola speciale del nostro articolo non è dettata per loro, ma per quelli che acquistino immobili locati senza data certa (o con riserva del dritto di espellere).

Però potrebbe più ragionevolmente farsi quistione, sebbene gli scrittori non ne parlino, se ciò che è detto dal nostro articolo per la vendita col patto di ricompra, debba applicarsi a qualunque vendita fatta sotto condizione risolutiva. Potrebbe dirsi per il no: che quella regola è dettata per un favore affatto speciale; che per principio una locazione senza data certa non potrebbe opporsi ad alcuno acquirente, poichè a rigore in quanto a lui non esiste, e se la legge ha voluto derogare a questo principio contro l'acquirente col patto di ricompra, non per questo bisogna estendere la derogazione a tutti gli acquirenti sotto condizione risolutiva. Per il sì si risponderebbe: che il caso della ricompra non è nè altro può essere che un esempio, un caso particolare di applicazione di un principio che bisogna intendere nella sua generalità; cioè, che il locatario con atto senza data certa può essere espulso da un nuovo proprietario, ma bisogna che questi abbia acquistato la *proprietà certa*. « Finchè l'acquirente, era detto nelle antiche decisioni, può essere obbligato a restituire al suo venditore, non si deve accordargli la facoltà di espellere il locatario che tiene la cosa in nome del venditore (Brodeau sopra Loüet, L, cap. 4) ».

Ma a che vale se la risoluzione del diritto del compratore dipenda dall'esercizio della ricompra del venditore o da qualunque altra condizione? Ciònompertanto noi opiniamo doversi la quistione risolvere negativamente, poichè nel caso di ricompra havvi una differenza notevole per giustificare la restrizione della regola al solo caso previsto. Infatti, nella vendita col patto di ricompra, la risoluzione del dritto del compratore non è soltanto possibile, ma *probabilissima*, poichè il venditore ha stipulato questa facoltà appunto nello scopo di riprendere la cosa sua, ed egli intenderà con tutti i mezzi ad effettuare questa ricompra, mentre negli altri casi la risoluzione è puramente eventuale. Or la regola dell'antica giurisprudenza e del Codice si fonda appunto su questa grande probabilità della ricompra; e da ciò sorge evidente perchè il Codice e la giurisprudenza hanno parlato, ed hanno inteso parlare, del solo caso della vendita col patto di ricompra.

SEZIONE II.

DELLE REGOLE PARTICOLARI ALLE LOCAZIONI DELLE CASE

Esposte, nella precedente sezione, le regole comuni alle locazioni delle case e dei beni rustici, il Codice passa ora a noverare le regole particolari alle locazioni della prima specie, indicando poi nelle seguenti sezioni quelle particolari alla se-

conda. Ma alle volte un affitto può riguardare insieme le varie specie di beni, sebbene sia certo che si voglia fare una sola locazione che riguardi tutte le cose locate. Così, nella locazione di un opificio, insieme con la fabbrica per l'industria, la casa di abitazione e le macchine, le materie prime o altre cose mobili, possono anche comprendersi prati od erbaggi destinati a far soleggiare i prodotti o imbiancarli, a nutrire gli animali dello stabilimento, boschi destinati per alimentare il fuoco, o anche per provvedere le materie prime (come nelle carbonaie), vasti terreni per prenderne arena, argilla, terra, pietre, ecc., necessarie alla industria (come nelle fabbriche di mattoni, majolica, porcellane, ecc.). In tali affitti, bisogna come regola generale distinguere il principale dall'accessorio. Se la locazione ha per oggetto principale l'opificio, e gli altri oggetti sono tutti dipendenti, si applicheranno le regole delle locazioni di case; ma se al contrario si fosse locato un vasto podere, in cui sia un molino per frumento, una cartiera, o altro opificio, questi non sono che accessori, e si applicheranno quindi le regole delle locazioni di beni rustici.

Ciò posto, veniamo alle locazioni delle case.

1752 (1598). — L'inquilino che non fornisce la casa di mobili sufficienti, si può espellere, eccetto se dia cautele sufficienti ad assicurarne la pigione.*

I. — Il locatario deve fornire la casa di mobili sufficienti, se non vuole vedere sciolto il contratto. Ma quando si dovrà reputare che i mobili siano sufficienti? Si dovrà dire forse che debbono esser tanto considerevoli da rispondere di tutto il periodo dello affitto, perchè l'art. 2102 (1971) 1° accorda il privilegio al locante per tutte le pensioni mature e da maturare? Certo che no, poichè il proprietario non è per nulla obbligato a fare cumulare tutte le pigioni; e se è ben ragionevole che non usi troppo rigore quando manchi al pagamento di un sol termine, è anche giusto che non aspetti di molto; sicchè non avrà di che dolersi quando il prezzo dei mobili del locatario sia sufficiente a garantirlo, di due o tre termini, oltre le spese della vendita (1).

Del resto gli è manifesto, che i giudici dovranno anzi tutto regolarsi secondo l'uso dei luoghi su tal proposito stabilito; che se per la medesima destinazione della casa, i mobili non fossero nemmeno sufficienti a rispondere di un sol termine, come sarebbe di una sala d'armi o da ballo, il locante non potrebbe dolersi. Inoltre, come è chiaro, lo scioglimento autorizzato dal nostro articolo, che è un'applicazione del principio stabilito nello articolo 1741 (1587), non si effettuirà mai di pieno dritto, ma dovrà esser profferito dai magistrati, dopo esaminate le circostanze (2).

Il locatario può evitare lo scioglimento, sostituendo alla garanzia dei mobili, una ipoteca, una fidejussione, o qualunque altra sufficiente guarentigia.

1753 (1599). — Il subaffittuale non è tenuto verso il proprietario se non fino alla concorrenza della pigione convenuta nel subaffitto, della quale sia debitore nel tempo del sequestro, senza che possa opporre pagamenti fatti anticipatamente.

Non sono considerati come fatti con anticipazione i pagamenti che si sono eseguiti dal subaffittuale in conseguenza della consuetudine dei luoghi.

* Per la prammatica 49, de offic. deputat. pro sanitate tuenda e per lo regolamento approvato con dec. del 20 ott. 1819 non può locarsi una casa se non dopo un anno dalla sua costruzione, e dopo mesi sei se fu ristorata nei pavimenti o nell'intonacato. C. S. di Napoli, 28 giugno 1834.

(1) Delvincourt, Duranton (XVII-157); Duvergier (II-531).

(2) Nella pratica, lo sfratto si ordina in via di sommaria esposizione. *Vedi* de Belleyme (*Form.*, 66, p. 104). La forma è diversa nel caso di affitto di beni rustici (art. 1766 (1612)). *Vedi* Parigi, 16 dic. 1851 (Dall., 53, 2, 16).

I. — Il sullocatario, per il fatto solo che occupa i luoghi, è obbligato direttamente verso il locante, il quale può pretendere essere pagato dal sullocatario, quando il locatario non paghi, non solo in forza dell'art. 1166 (1120), esercitando i dritti del locatario principale, ma anche come creditore diretto del sullocatario, per il fatto dell'abitazione della sua casa (1). Però, siccome tra il locante e il sullocatario non esiste contratto, e quest'ultimo non può essere obbligato oltre i limiti della sullocazione, dovrà corrisponder soltanto al proprietario la parte di prezzo del subaffitto, di cui è debitore. Egli sarà dunque obbligato personalmente in faccia al locante e al locatario di questa sola porzione; per cui non dovrà pagarla a quest'ultimo se non ne sia tempo: qualunque pagamento fatto anticipatamente, sebbene comprovato con atto autentico, sarebbe come non avvenuto per rispetto al locante, il quale, non pagando il locatario, potrebbe obbligare il sullocatario a pagare nuovamente. Del resto, la legge non reputa come fatti con anticipazione i pagamenti, fatti prima del tempo, ma in esecuzione di una clausola del subaffitto, o per la consuetudine dei luoghi.

Siccome il sullocatario non può mai esser tenuto in faccia al proprietario oltre i limiti della sullocazione, così del pari il proprietario sarà tenuto giusta lo affitto principale da lui consentito; e se questo venisse a sciogliersi per mancanza di pagamento del locatario, il sullocatario, sebbene nulla dovesse ed avesse anche pagato con anticipazione la futura pigione, non potrebbe pretendere di esser lasciato nel possesso: lo scioglimento dello affitto importa quello del subaffitto, avvegnachè il dritto del sullocatario fosse una dipendenza del dritto del locatario principale, già venuto meno. Duvergier (I 539) ha preteso negare questa dottrina, perchè soglionsi rispettare gli affitti consentiti da un gravato di sostituzione, da un donatario, da un aggiudicatario, i titoli dei quali fossero dipoi rivocati. Ma a torto; quando la locazione si consente da un proprietario (sia pure apparente), il locatario ha dovuto contare sul suo affitto per tutta la durata, e siccome esso altro non è che un atto di amministrazione, può sussistere dopo venuto meno il dritto del locante. Ma quando la locazione è consentita da un locatario, il sullocatario conosce che quello non è proprietario, che la sua locazione dura finchè sussiste il dritto di colui che gliel'ha consentito; che se egli volesse continuare nel suo godimento, dovrebbe adempiere personalmente le obbligazioni del locatario, offrendosi di pagare al proprietario tutto ciò che è dovuto dal locatario. L'errore di Duvergier, copiato da Zachariae (III, p. 23), senza nè esaminarlo nè discuterlo, è a ragione respinto da tutti gli scrittori e dalle decisioni (2).

II. — Il nostro articolo si applica tanto per le locazioni di fondi rustici, che per le locazioni di case; esso era stato proposto dalla Corte di Lione (poichè non era scritto nel progetto) e adottato dal Consiglio di Stato come una regola comune a tutte le specie di locazioni, da porsi nella precedente sezione; però quando dipoi si fece il riordinamento generale degli articoli, con poca riflessione, fu posto inavvedutamente nella presente sezione (3).

Siccome da noi è stato detto nello articolo 1717 (1563), è ben manifesto che questa regola, dettata per il sullocatario, si applicherà anche, *mutatis mutandis*, ad un cessionario di affitto, sicchè il locante, ove non paghi il locatario, avrebbe il cessionario come debitore diretto per tutto ciò che deve al cedente; e d'altro canto il cessionario non potrebbe pretendere di continuare nel suo godimento, se il dritto del cedente venga meno per mancato pagamento.

(1) Duranton (XVII-161); Duvergier (II-539); Troplong (547-548); — Parigi, 10 maggio 1849; Rig., 24 genn. 1853 (J. P., 1849, t. II. p. 98; 1853, t. I, p. 219).

(2) Duranton (XVII-153); Troplong (II-544); Curasson (I-50 *ter*); — Rennes, 13 nov. 1810; Parigi, 15 giugno 1835; Parigi, 30 giugno 1836; Bordeaux. 25 luglio 1844 (Pal,, 38, 1, 312; Dev., 45, 2, 42).

(3) Fenet (IV, p. 201); Tolosa, 5 febbraro 1845 (Dev., 45, 2, 279; Pal., 45, 1, 624).

1754 (1600). — Le riparazioni locative, o sia di piccola manutenzione, che restano a carico dell'inquilino, se non vi è patto in contrario, sono quelle che vengono per tali indicate dalla consuetudine de' luoghi; e fra le altre, sono le riparazioni da farsi

a' focolari, frontoni, stipiti, ed architravi de' cammini;

all'incrostamento nel basso delle muraglie, degli appartamenti ed altri luoghi di abitazione, fino all'altezza di tre palmi;

a' pavimenti e quadrelli delle camere, quando solamente alcuni di essi sieno rotti;

a' vetri, purchè non sieno stati rotti dalla grandine, o per qualche altro accidente straordinario e di forza irresistibile, per cui l'inquilino non può esser tenuto;

alle imposte degli usci, a' telai delle finestre, alle tavole de' tramezzi, o alle imposte delle botteghe, a' cardini, chiavistelli e serrature.*

1755 (1601). — Nessuna delle predette riparazioni è a carico dell'inquilino, quando sieno cagionate da vetustà, o da forza irresistibile.

1756 (1602). — Lo spurgamento dei pozzi e delle latrine è a peso del locatore, se non vi è patto in contrario.

I. — La consuetudine dei luoghi, come dice l'art. 1755 (1601), è la norma che deve seguirsi in questa materia. Sul proposito potranno consultarsi lo opere speciali di Piales, Goupy, Desgodets e Lepage. I principî della materia si riassumono in questa idea : Il locatario è tenuto dei danni provenienti dall'uso abusivo e smodato delle cose, dalla mancanza di cura, infine dalla sua colpa ; egli non deve rispondere dei danni provenienti da vizî delle materie o della costruzione, da vetustà o da forza irresistibile, o dal lungo e regolare uso delle cose. Così, egli sarà tenuto in generale a riparare gli ornamenti e le lastre di marmo dei cammini rotti, poichè si presume essersi rotti per sua causa, e al contrario non sarà più obbligato provando che ciò sia avvenuto per la cattiva qualità dei marmi. Così del pari egli dovrà riparare i pavimenti, se pochi quadrelli siano rotti, poichè si reputa essersi consumati per lo continuo stropicciò, ma non già quando nella maggior parte siano rotti, poichè in tal caso si presumerà, salvo al locante di provare il contrario, essere ciò avvenuto per la loro vetustà o cattiva qualità.

1757 (1603). — L'affitto de' mobili somministrati per l'addobbamento di una casa intera, di un appartamento, di una bottega, o di qualunque altro locale, si considera fatto per quel tempo che, secondo la consuetudine de' luoghi, sogliono ordinariamente durare gli affitti delle case, degli appartamenti, delle botteghe e di altri locali.

1758 (1604). — L'affitto di un appartamento guarnito di mobili si reputa fatto ad anno, quando si è convenuta la pigione ad un tanto per anno; a mese, se la pigione è a un tanto per mese ; a giorno, quando fu pattuita ad un tanto per giorno.

Non essendovi circostanza atta a provare che la locazione sia stata fatta ad anno, a mese, o a giorno, si dee riputar fatta secondo l'uso de' luoghi.**

* Il locatore non può esimersi dall'obbligo delle riparazioni della cosa locata, sol perchè un terzo ne abbia il carico nel rapporto con lui. C. S. di Napoli, 9 sett. 1851.

** Decreto 1 nov. 1829. — Semprecchè il giorno destinato dalle consuetudini locali ne' nostri reali domini per lo sloggiamento delle case appigionate ricaderà in giorno di festa di doppio precetto, lo sloggiamento s' intenderà di pieno dritto differito ed eseguito nel giorno di lavoro immediatamente seguente.

Decreto 18 luglio 1844. — 1° Quando il giorno destinato dalle consuetudini locali ne' nostri reali dominî per lo sloggiamento dalle case ricaderà nel dì 14 o nel dì 15 di agosto, lo sloggiamento medesimo avrà luogo nel giorno 10 dello stesso mese, salvo sempre l' esecuzione delle disposizioni contenute nel decreto del 1 novembre 1829.

I. — L'art. 1757 (1603), nel silenzio delle parti, stabilisce la durata dello affitto di mobili somministrati per lo addobbamento di un appartamento, con una semplice presunzione, che verrebbe meno rilevandosi da qualche circostanza che il pensiero dei contraenti sia diverso. Esso accorda non già tutto il tempo in cui il locatario dei mobili gode dello appartamento, ma quel periodo di tempo in cui, secondo la consuetudine dei luoghi, non essendosi nulla detto dai contraenti su tal proposito, suol durare una locazione di tal genere. Così, importa poco se l'appartamento fornito di mobili sia o pur no locato per un tempo stabilito, o che non sia locato in intero (perchè il locatario dei mobili fosse il proprietario della casa, che venisse ad abitarla per breve tempo, o che ad un suo amico l'avesse prestato); in tutti i casi la locazione dei mobili durerà, se da qualche circostanza non sorga il contrario, tutto il tempo che durerebbe, secondo la consuetudine dei luoghi, lo affitto della casa, senza indicarne la durata.

Questa presunzione non verrà meno come pretendono Duvergier (II-233) e Troplong (II-399), quando il locante dei mobili avesse conosciuto la durata dello affitto della casa (poichè i mobili potessi locare per un tempo diverso); bensì qualora gli si indicasse la durata della occupazione della casa (non importa se come locatario o altrimenti), come una indicazione relativa alla locazione dei mobili. Essa verrà anche meno, per l'analogia dello art. 1758 (1604), se la locazione si fosse fatta a tanto il mese, la settimana, il giorno, perchè ciò implica il pensiero di poter dar fine allo affitto, dopo ciascun mese, settimana o giorno, o rinnovarlo per tacita riconduzione alla fine di ciascun periodo.

1759 (1605). — Se un inquilino continua nel godimento della cosa, o dell'appartamento, terminato l'affitto fatto per iscritto senza opposizione per parte del locatore, s'intenderà che lo ritenga colle stesse condizioni pel tempo determinato dalla consuetudine del luogo; e non potrà più uscirne, nè esserne espulso se non dopo un congedo intimato nel termine stabilito dalla stessa consuetudine.*

N. B. — Questo articolo è stato implicitamente spiegato sotto l'art. 1738 (1584), di cui è un'applicazione o meglio la riproduzione, per ciò che riguarda gli affitti delle case.

1760 (1606). — Nel caso di scioglimento del contratto per colpa dell'inquilino, questi è obbligato a pagar la pigione pel tempo che necessariamente dee scorrere fino alla nuova locazione, ed a risarcire i danni ed interessi che fossero risultati dall'abuso della cosa locata.

I. — Se il proprietario deve fare sciogliere lo affitto per colpa del locatario, questi deve pagar la pigione pel tempo necessario a consentire un nuovo affitto, cioè per il tempo (calcolato secondo l'uso dei luoghi) posteriore al suo sgomberamento, se la cosa non siasi tosto rilocata, salvo il risarcimento dei danni cagionati dall'averne goduto più o meno abusivamente.

1761 (1607). — Il locatore non può sciogliere il contratto, ancorchè dichiari di volere abitare egli stesso la casa locata, quando non vi sia patto in contrario.

1762 (1608). — Se si è pattuito:

* Nelle tacite riconduzioni de' fondi urbani si ha sempre per ripetuto il patto dell' anticipazione e dell'arresto personale. C. S. di Napoli, 3 settembre 1829.

contratto di locazione, che sia lecito al locatore di recarsi ad abitare la casa, è tenuto a dare anticipatamente il congedo allo inquilino nel tempo fissato dalla consuetudine del luogo.

I. — In Roma e nel nostro antico dritto, il locante potea sempre espellere il locatario, quando volea abitare la casa per conto suo. Il Codice ha abolito questo privilegio, e il locante non può risolvere il contratto già formato nè per questa nè per altra causa, tranne non vi sia una speciale convenzione su tal riguardo. Se questo patto esiste, il locante può sempre usarne, colla condizione però di avvertirne precedentemente il locatario nel tempo fissato dalla consuetudine. Duvergier pretende (II-10) che il locante sia anche in questo caso tenuto ai danni interessi, ma a torto. Il Codice, che nel caso di alienazione si è preso pensiero di indicare la doppia obbligazione di dare anticipatamente il congedo e di pagare danni-interessi, determinandone per ciascuna ipotesi la quantità, non fa cenno qui della seconda obbligazione; e se si ponga mente che al Consiglio di Stato si annunziò formalmente non esser dovuti danni-interessi; che del resto così era nell'ultimo stato della consuetudine di Parigi, e che in fatto questo caso merita maggior favore di quello di un locante che venda la cosa locata, poichè questi espelle il locatario per ispeculazione e per ricavare più vantaggi dalla vendita (e sarebbe ingiusto farlo avvantaggiare con danno del locatario), si vedrà chiara l'inesattezza della soluzione di Duvergier, che del resto è stata a buon dritto rigettata dagli scrittori che dopo lui han parlato di ciò (1).

Inoltre, se il locante, sotto pretesto di volere abitare per suo conto la casa, cacciasse il locatario, per locarla poi ad altri, sarebbe questa una frode di cui sarebbe tenuto rispondere; e il locatario potrebbe in tal caso o domandare i danni-interessi, o il ritorno nei luoghi, con pagarglisi sempre i danni-interessi.

SEZIONE III.

REGOLE PARTICOLARI PER LE LOCAZIONI DEI FONDI RUSTICI.

1763 (1609). — Colui che coltiva un fondo col patto di dividere i frutti col locatore, non può nè sullocare nè cedere il fondo locato, se non gliene è stata espressamente accordata la facoltà nel contratto di affitto.

1764 (1610). — In caso di contravvenzione il proprietario ha diritto di rientrare nel godimento della cosa locata; ed il fittaiuolo è condannato a' danni ed interessi risultanti dall'inadempimento del contratto.

SOMMARIO

I. Che cosa s'intende per beni rustici? Errore di una decisione di Parigi. Distinzione tra la locazione dei fondi rustici propriamente detta, e la colonia parziaria.
II. Quest'ultima partecipa della locazione e della società; contiene di dritto il divieto di cedere o sullocare. Essa non si scioglie per la morte del colono. Errore di Troplong.

I. — La locazione dei fondi rustici comprende quei beni che producono dei frutti naturali o industriali che il locatario ha dritto di percepire, e che sono il precipuo

(1) Pothier (n. 337); Fenet (XIV, p. 353); Zachariae (III, p. 28); Troplong (II-626); Taulier VI, p. 265).

oggetto della sua locazione. Così, se si diano come oggetto principale di una locazione terre lavorative, prati, boschi, vigne, erbaggi, giardini, orti, di guisa che gli edificî per l'abitazione e la coltivazione, sebbene non di poco conto, sono cose accessorie per rispetto al locatario, la locazione si riguarderà come di beni rustici; ma se all'opposto la casa d'abitazione fosse il principale oggetto della locazione, non ostante che vi sia aggregato un giardino che produce frutti, un verziere, un erbaggio, un piccolo bosco, ec., si dovranno applicare le regole per le locazioni di case. La Corte d' appello di Parigi è incorsa dunque in errore, dichiarando con decisione dei 16 giugno 1825, fondo rustico *un cantiere*, ed applicando quindi l' art. 1746 (1592)! Un cantiere non dà ricolto, non è un fondo di campagna, rustico, sicchè per esso devono applicarsi le regole delle locazioni delle case; fra le quali gli articoli 1745 e 1747 (1591 e 1593).

Queste locazioni sono di due specie: quella di beni rustici propriamente detta (*bail a ferme*), nella quale il locatario paga una rendita, in danaro o in derrate, o parte in danaro e parte in derrate, e chiamasi inquilino (*fermier*); e la colonìa parziaria (*bail à colonage ou à metairie*), nella quale il locatario gode di una metà di frutti e chiamasi *colono*, *colono parziario*, o *castaldo*.

II. — La colonia parziaria partecipa della locazione e della società: partecipa della prima, in quanto che il colono occupa solo i luoghi e li coltiva, dando metà di frutti al locante, per prezzo della locazione; partecipa della società, in quanto che il proprietario mette in comune il godimento delle sue terre, somministrando anche di ordinario metà delle semenze, per raccogliere metà di frutti, mentre che il colono mette l'opera sua e la sua industria. Adunque è falso dire, come Duvergier (I-99, II-87), che sia una vera locazione di beni rustici; ma è anche falso pretendere come Cujacio, il cui sistema è stato consacrato da due decisioni di Limoges, ed esposto con molta soddisfazione da Troplong (II, 638), che sia una mera società. Fra i due estremi si trova il vero: la colonìa parziaria è mista dei due contratti: infatti non si potrebbe dire che non sia locazione, poichè oggi la legge, che ha certamente il dritto di far sentire anche la sua parola in questa disputa dei nostri vecchi dottori, ha creduto dovere far campeggiare questa idea di locazione, annoverando il succennato contratto misto sotto il titolo della locazione.

Ciò fu riconosciuto dipoi dalla medesima Corte di Limoges, e bandito più chiaramente in una recente decisione della Corte di Nîmes (1).

Siccome la colonìa parziaria è insieme una locazione e una società, e si forma specialmente da parte del locante, così la legge, avuto riguardo alla persona dell'altro contraente, niega al locatario, tranne che non vi sia una convenzione in contrario, la facoltà accordata generalmente ai locatari di cedere o sullocare. Ma non per questo che si deroga all'art. 1717 (1563) deve derogare all'art. 1742 (1588), e dire come Troplong (II-645), che questo affitto si scioglierebbe per la morte del locatario. Atteso la natura speciale di questo affitto, la legge ha fatto quel che credè doversi fare; e noi non possiamo spingerci più oltre; sicchè bisogna che il locante, ove non voglia aver che fare coll'erede del locatario, si spieghi chiaramente nel far la locazione. Invano Troplong pretende che il divieto legale di cedere o sullocare implichi come conseguenza lo scioglimento per la morte del locatario. Ciò è erroneo: poichè è certo di pochissimo rilievo pel un locante l'essere esposto soltanto a vedere passare le sue terre, per il solo caso in cui muoia il locatario da lui scelto, presso l' erede di costui (erede che ei forse conosce, che può ritenere capace

(1) Limoges, 21 febb. 1839 e 6 luglio 1840 (Dev., 39, 2, 406; 41, 2, 167). — Limoges, 26 ag. 1848; Nîmes, 14 agosto 1850 (Dev., 49, 2, 321; 50, ... Dall., 49, 2, 173; 51, 2, 144).

i continuare la buona coltivazione del suo utore, che spesso suole essere un figlio, ià avvezzo alla coltura di quel podere in-ieme col padre, il che per altro si spera non ver luogo per molti anni anzichè correre ri-chio di veder passare il suo podere, pia-endo al suo colono, presso persona estra-ea a quest'ultimo e forse affatto ignota al ›cante. Adunque gli è indubitato, e siam erti che Troplong non ha nè punto nè oco pensato a questa idea che confuta ›erentoriamente il suo argomento, che la lausola con cui un locante ordinario vieta l suo locatario di cedere o sullocare non mporta menomamente per conseguenza lo scioglimento per la morte di esso locata-rio! Nè puossi invocare l'art. 1865 (1737), il quale è scritto per la società propria-mente detta, non per la società-locazione della quale qui parliamo. Nè in ciò v' ha dubbio, poichè se si applicasse quell'arti-colo, la locazione di che è cenno, potrebbe anche sciogliersi per la morte del locante, il che è impossibile, come riconosce lo stesso Troplong (n. 647). L'articolo 1742 (1588) riguarda tutte le locazioni di case o di fondi rustici, nè vi si deroga affatto per la colonìa; sicchè bene a ragione la dottrina di Troplong è condannata da tutti gli scrittori (1).

1765 (1611). — Se in un affitto di fondi ustici si desse a' fondi una maggiore o ninore estensione di quella che hanno real-nente, non si dà luogo ad aumento o a diminuzione della mercede pel colono, se non ne' casi e secondo le regole spiegate nel titolo della vendita.*

I.—Il Codice rimanda qui alle disposi-ioni degli art. 1617-1623 (1463-1469) ›er cui noi pure rimandiamo alla spiega-ione di quegli articoli in cui notammo varî rrori di Duvergier e di Troplong. Così uest'ultimo scrittore con una dottrina su ui persiste commentando il nostro articolo n. 654), pretende che il compratore nel aso preveduto dall' art. 1617 (1463) e upposta una contenenza minore di quella lichiarata nel contratto dal venditore, non ›otrebbe far rescindere la vendita per ca-ione che il manco di contenenza renda l terreno non atto all'uso per cui fu com-›rato. Così per formare una fabbrica o qual i voglia altro stabilimento, erano per lo neno necessarî tre ettari di terreno; il ven-litore ha dichiarato essere il suo terreno li tre ettari e 25 aree, mentre che non era he di tre ettari e 15 aree. Tanto peggio ›er il compratore, dice Troplong, egli a-rebbe dovuto assicurarsi della contenenza. nvero noi non prendiamo sul serio una tale risposta. Certo se nulla avesse dichia-rato il venditore, e il compratore dicesse solo aver creduto essergli parso che il terreno fosse almeno di tre ettari, non gli si da-rebbe retta. Il compratore per fermo ha dovuto bene informarsi della contenenza; ma può scegliere il mezzo che meglio gli piace. Il migliore e più giuridico modo era di farne una clausola nel contratto, e la di-chiarazione precisa e formale del vendito-re, non può esser di poco momento per rispetto al suo compratore.

Poteva il venditore, si dirà a buon di-ritto ritorcendo lo strano argomento di Trop-long, non fare una tale dichiarazione s'ei non era sicuro della contenenza. Egli ha la colpa di averla fatta, e non può venir di-cendo che la colpa è del compratore che prestò fede alla sua dichiarazione, che di-venne una clausola espressa del contrat-to. Questo principio si applicherà più ra-ramente alla locazione e alla vendita da che si può sempre coltivare tanto un pic-

(1) Rolland de Villargues (alla parola *bail part.*,); Duranton (XVII-178); Duvergier (II-91); Zacha-iae (III, p. 33); Taulier (VI, p. 266).

* L'azione per riduzione di mercede a causa di nancanza di una parte della cosa locata dee pro-›orsi fra l' anno dal dì in cui la locazione stessa ha cominciamento. C. S. di Napoli, 25 genn. 1821. — Ove si trovi un eccesso nella estensione desi-gnata nel contratto stipulato col patto della rimi-sura, il colono deve bonificare il locatore. C. S. di Napoli, 25 gennaro 1744.

colo che un grande podere, e generalmente riuscirà difficile ad un fittaiuolo la pruova ch'egli non avrebbe fatto lo affitto se non gli si fosse dichiarata una falsa contenenza. Ma facesse tal pruova; un fittaiuolo che volesse abbandonare il suo podere di 15 ettari perchè troppo angusto al lavoro della sua famiglia, prende in affitto un podere che nell'atto si dichiara esser di 20 ettari mentre è di soli 14 (o perchè 6 ettari che si credea dipenderne, più non ne dipendano, o per altra ragione) il contratto può ben risolversi.

Ma se Troplong è in errore sostenendo contro tutti gli scrittori la dottrina, a cui di nuovo abbiamo risposto, egli però ha ben perfettamente ragione sostenendo contro Duranton (XVII-180) che il termine della prescrizione dell'azione del gabellante o del gabelloto sarebbe di un anno giusta l'articolo 1622 (1468), e non di 30. Gli è evidente, applicando al nostro articolo le *regole del titolo della vendita* (1).

1766 (1612). — Se il fittaiuolo di un fondo rustico non fornisca del bestiame e degli istrumenti necessarî per coltivarlo; se ne abbandona la coltivazione; se non coltivi da buon padre di famiglia; se impiega la cosa locata ad altro uso diverso da quello cui è destinata, o generalmente se non esegua i patti dello affitto e ne risulti danno al locatore, questi potrà, secondo le circostanze, far disciogliere il contratto.

In caso di scioglimento avvenuto per fatto del colono, questi è tenuto a' danni ed interessi, siccome è prescritto nell'articolo 1764 (1610).

1767 (1613). — Ogni colono di fondi rustici è tenuto a riporre la ricolta ne' luoghi a tal uso destinati, a norma del contratto.

1768 (1614). — Il fittaiuolo di un fondo rustico è tenuto, sotto pena delle spese e de' danni ed interessi, ad avvertire il proprietario delle usurpazioni che si commettessero sui fondi.

Tal notificazione debbe essere fatta nello stesso termine stabilito per le citazioni a comparire in giudizio, secondo la distanza de' luoghi.

I. — Questi articoli sostengono l'applicazione e le conseguenze del principio stabilito nell'art. 1728 (1574) appropriate alle locazioni di fondi rustici.

Sebbene l'art. 1768 (1614) parla di sole usurpazioni, non si creda perciò che debba restringersi alle invasioni materiali, ma si estende anche, come sorge dal suo ravvicinamento coll'art. 1736 (1582), a qualunque intrapresa o fatto con cui si attenta al dritto di proprietà o di possesso del locante; e bisogna anche dire, come Troplong (II-690) e difformemente all' idea di Duvergier (II-113), che il locatario di un fondo rustico, sia fittaiuolo o *colono*, deve dar conoscenza al locante di tutti gli atti giudiziali o estragiudiziali *intimatigli* relativamente allo immobile. Gli è vero che tali atti non hanno valore *giuridico*, perchè il locatario è senza qualità per riceverseli, e quindi nè egli nè *il locante* sono tenuti a rispondervi; ma non per questo egli è dispensato dal darne *conoscenza* al locatario, onde questi si prepari a rispondere alle pretensioni contro *lui mosse*, e alle azioni da cui è minacciato.

1769 (1615). — Se l'affitto si sia fatto per più anni, e durante l'affitto una ricolta intera, o almeno la metà venga a perire per casi fortuiti, il fittaiuolo può domandare una riduzione della mercede, sempre che non sia rinfrancato dalle precedenti ricolte.

Se non è rinfrancato, la riduzione della mercede non può determinarsi se non in fine dell'affitto; nel qual tempo si *fa una* compensazione di tutte le annate nelle quali i frutti si sono goduti. Frattanto *può il* f[illegible]

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Affitto*, § 9); Duvergier (II-135); Troplong (II-658).

e dispensare provvisionalmente il fittaiuolo del pagamento di una parte del fitto proporzione del danno sofferto.

1770 (1616). — Se l' affitto non oltrepassa un anno, e sia occorsa la perdita della totalità, o almeno della metà dei frutti, il fittaiuolo sarà liberato di una parte proporzionata del fitto.

Non potrà pretendere alcuna riduzione, se la perdita è minore della metà.

1771 (1617). — Il colono non può conseguire la riduzione, allorchè la perdita de' frutti accade dopo che sono separati dal suolo; purchè il contratto non assegni al proprietario una quota parte de' frutti in ispecie: nel qual caso questi dee soggiacere alla perdita per la sua parte, se il colono non fosse in mora di consegnare al locatore la sua porzione di frutti.

Il colono neppure può domandare una riduzione, quando la causa del danno era esistente e nota nel tempo in cui fu stipulato l'affitto.

SOMMARIO

Queste regole sono una conseguenza della natura dello affitto e un corollario del principio dell'art. 1722 (1568). Risposta alla contraria dottrina di Duvergier.

I. La perdita per caso fortuito dei frutti non raccolti dà dritto alla indennità, se rimanga una sola metà di un ricolto ordinario, e se questa perdita non sia compensata colle altre annate. La perdita deve calcolarsi sulla quantità e non sul valore dei frutti. Errore di Troplong.

II. La compensazione si fa colle quantità che eccedono nelle altre annate un ricolto medio senza badare al prezzo della locazione. Altro, e più strano errore di Troplong.

IV. Dal dippiù delle abbondanti annate non si devono scemare le mancanze delle scarse. Risposta alla contraria dottrina di Duranton e Troplong.

V. Il calcolo deve farsi su tutti i fondi soggetti al medesimo affitto. L'inquilino deve provare le perdite. La riduzione fatta dal locante prima di finire lo affitto è sempre provvisoria, tranne non si manifesti la contraria volontà.

VI. Quid *del colono parziario? — Il dritto del locatario alla riduzione cessa in due casi.*

I. — Secondo la medesima natura del contratto di locazione, il locatario è obbligato pagare il prezzo se il locante lo faccia godere della cosa; laonde se per avvenimenti di forza maggiore un locatario sia privato di una parte di godimento, avrà dritto ad una riduzione proporzionata del prezzo. È questo, per gli affitti dei beni rustici, un corollario del principio generale stabilito nell' art. 1722 (1568). Duvergier riguarda la regola dei nostri articoli come un favore accordato al locatario per riguardi di umanità, non già come una conseguenza della natura del contratto di locazione. Secondo lui, il locante deve garantire il libero possesso e il godimento del fondo, ed appunto per questo è obbligato a rindennizzare il locatario, se una piccolissima parte del fondo gli venisse tolta; ma non deve affatto garantire la quantità dei frutti, come ne fan pruova, a modo suo di vedere, i nostri medesimi articoli, i quali obbligano il locante a vedersi assottigliato il prezzo di affitto, quando la perdita sia di una metà del ricolto; che se per principio si dovessero garantire i ricolti, la perdita di qualunque parte, grande o piccola, darebbe luogo alla riduzione.

Per vero è speciosa cotesta idea, ma a noi non sembra esatta. Infatti il locante ed il locatario di un fondo rustico non intendono affatto locare una certa estensione di terreno improduttivo, come avviene per esempio nella locazione di un magazzino, ma han voluto locare un terreno fruttifero, che dia ricolti; e sarebbe certamente deluso nelle sue speranze l'affittaiuolo, se fosse costantemente privato di tutti i frutti per avvenimenti fortuiti, che renderebbero così nudi e sterili quei terreni che erano stati

dati e tolti in affitto come fruttiferi; come verrebbe parimente deluso il locatario di una casa, se per casi fortuiti non potesse abitarla. Adunque i ricolti debbono riguardarsi come parte integrante della cosa locata: essi, prima di percepirsi e separarsi dal fondo, formano un solo tutto col medesimo fondo, si riguardino sotto l'aspetto contrattuale o sotto il naturale; ed appunto per questo il locante è stato sempre, in tutti i tempi, nell'antico dritto e sotto il Codice, garante dei ricolti non percepiti. I frutti raccolti, per la loro separazione dal suolo, cessano di far parte del fondo e diventano esclusivamente proprî del locatario, sicchè la loro perdita ricade in suo danno, come è detto nell'art. 1771 (1617). Pertanto il locatore deve garantire non solo il fondo, ma anche i ricolti che devono esser prodotti. Arroge a questa, una seconda idea che rafforza la prima e risponde alla principale obbiezione di Duvergier. Siccome il solo locatario deve avvantaggiarsi del beneficio dei ricolti straordinarî, gli è ben giusto che egli solo risenta il danno degli scarsi ricolti, e che non possa domandare indennità alcuna, se non quando la perdita sia enorme. Ciò spiega e giustifica il modo diverso di applicare il principio della indennità, sia che si tratti della cosa o dei frutti di essa. Se io tolgo in affitto un appartamento di sette stanze, io non ho possibilità di trovarne in un bel mattino una dippiù, nè di vederle ingrandire, sicchè il locatore dovrà rindennizzarmi della perdita di una sola stanza o d'una parte di essa; così del pari, l'inquilino che prende in affitto 20 ettari di terreno non ha possibilità di trovarne in un bel giorno 21; sicchè potrebbe pretendere l'indennità, trovandone 19; ma non è così pei ricolti, e siccome il locatario può farne dei ricchi, così deve soffrire gli scarsi. Il principio dell' art. 1722 (1568) non può applicarsi qui in modo puro e semplice, ma con una certa modificazione, distinguendo tra la semplice *pochezza* dei ricolti e la *privazione* totale o parziale; ma ciò non importa affatto che i nostri articoli non contengano l'applicazione delle regole naturali del contratto di locazione, bensì una disposizione di favore e di umanità; infatti questo punto si è sempre inteso in tal modo dai giureconsulti romani, dai nostri antichi scrittori e dai compilatori del Codice (1).

II. — Secondo i nostri articoli, la perdita cagionata da caso fortuito (e che deve riguardare, come abbiam detto, i frutti non ancora raccolti) sarà reputata come scarsezza di ricolto, o prende il carattere di privazione di ricolto, secondochè l'inquilino ricavi o pur no *la metà di un ricolto ordinario del suo podere*.

Prendiamo per esempio un podere che di ordinario produca annualmente 100 ettolitri di frumento: l'inquilino non avrebbe che pretendere, quando ne raccolga 55; ma se il caso fortuito non gliene lasci che soli 50, si dovrà la riduzione di metà sul prezzo dello affitto, salvo il caso di compensazione di cui parleremo; se ne ricavasse 25 ettolitri, dovrebbe rispondere soltanto di un quarto del prezzo.

Se lo affitto sia consentito per una sola annata, il che raramente succede, l'affare è semplicissimo; ma non così se sia consentito per più anni, nel qual caso bisogna vedere se la perdita enorme di un'annata non sia compensata dalle annate precedenti o da quelle di appresso. Se sia compensata colle precedenti, non si dovrà alcun compenso; ma se non sia ancora compensata, e lo affitto non sia terminato, si attenderà la fine, e si dovrà o pur no la riduzione secondo che vi sarà o pur no compensazione. Però i giudici possono, nel caso che la perdita di metà o più non sia compensata con anni precedenti, dispensare provvisoriamente lo affittaiuolo dal pagamento di una parte del prezzo, salvo al proprietario il dritto di ripeterla, se vi fosse compensazione.

(1) *Dig.*, loc. cond. (15, § 23, § 4; 23, § 6). Fabro (sulla legge 15, § 2); Pothier (n. 154); Fenet (XIV, p. 336 e 354); Demante (III-462); Duranton (XVII-190); Zachariae (III, p. 30); Troplong (II-240, 695-697).

Ma come dovranno calcolarsi la perdita o il compenso? Ciò implica qualche difficoltà.

Troplong (II-717), riproducendo un'antica idea di Claperiis o Clapiers, insegna che la perdita sofferta dallo affittaiuolo di metà o più dei frutti, non gli darebbe diritto alla riduzione, se la parte raccolta avesse un valore venale eccedente il valore ordinario di una metà del ricolto medio. — Così, posto che il frumento si venda d'ordinario a 40 fr. l'ettolitro, l'inquilino ricaverebbe 4,000 fr. per un ricolto di 100 ettolitri e 2,000 fr. per una metà del ricolto; secondo Troplong, l'inquilino non avrebbe che pretendere, se pure non raccogliesse altro che 35 o 40 ettolitri, quando per il caro dei prezzi del frumento, egli ne ricavasse più di 2,000 franchi. E ciò è ben chiaro, secondo lui, poichè sebbene la quantità sia minore della metà, avrà un compenso nel valore, e non soffrirà quindi la perdita voluta dalla legge... Ma è questo un gravissimo errore. La legge ha voluto che il calcolo si facesse sulla quantità e non sul valore dei frutti, e non senza ragione. Noi non comprendiamo come Troplong non si sia accorto che, ammesso in questo caso esser giusto calcolare i valori, bisognerebbe farlo sempre, e non badar mai alle quantità. Così, se in una annata abbondante in generale, ma scarsa per il vostro inquilino a causa della gragnuola caduta sul fondo, il frumento da 40 franchi, ribassi a 30 franchi, e quegli avesse raccolto 60 ettolitri, vendendoli 1,800 franchi, si dovrebbe dire per questo che l'inquilino, il quale ha ricavato soli 1,800 franchi, invece di 2,000, metà di un'annata ordinaria, e che ha quindi sofferto, per effetto della gragnuola, una perdita di più di metà, cioè di sei decimi, ha dritto in conseguenza alla riduzione di sei decime sullo affitto dell'anno? Ma no, certo. Voi gli rispondereste che la legge non ha voluto che si tenesse conto dei valori, che variano così di frequente e che darebbero campo a tante difficoltà, bensì della quantità dei frutti, per rendere più semplice e facile la regola; e che quindi ottenendo un ricolto di 60 ettolitri su 100, cioè più della metà, non avrebbe dritto a domandare riduzione... Questa risposta sarebbe inappuntabile. Or se il calcolo sui valori non è permesso al fittaiuolo contro il proprietario, non lo sarà nemmeno al proprietario contro lo affittaiuolo; e fa invero meraviglia come Troplong abbia potuto richiamare questa decrepita idea di Clapiers, esatta, or son due secoli, per mancanza di regole certe legali (per cui diceva Pothier, n. 156, che la decisione stava nell'arbitrio del giudice), ma inammissibile oggi, in faccia al testo preciso dei nostri articoli (1).

III. — Secondo un altra idea di Clapiers, ancor più strana della precedente sotto il Codice, e che nondimeno ci viene indicata da Troplong (729-730) come esatta interpretazione dei nostri articoli, mentre all'opposto ne travisa l'intendimento, il locatario che perde metà dei frutti d'un' annata o più, non avrebbe dritto alla riduzione, e si reputerebbe abbastanza indennizzato colle altre annate, *se* IL PREZZO DELLA VENDITA *dei frutti di tutte le annate riunite non sia minore* AL PREZZO DI LOCAZIONE *delle medesime annate!* Per mo' di esempio, io dò in affitto a Tizio per tre anni, e per 100 fiorini all'anno, un fondo che d'ordinario suol produrre 15 sacchi di frumento, ognuno di 10 fiorini: in due anni Tizio raccoglie i 15 sacchi, ma nell'altro soli 3 sacchi, cioè una totalità di 33 sacchi (invece di 45), che ha venduto per 330 fiorini (invece di 450). Tizio, dice Troplong, non ha che pretendere; egli ha pagato 300 fiorini, e ne ha ritratto altrettanto, diguisachè egli non perde nulla sull'intero, ma guadagna al contrario 30 fiorini!!! Una tale soluzione è veramente incredibile. Come! al fittaiuolo fra tre annate ne viene una così disastrosa che non gli dà nè la metà, nè il terzo, nè il quarto, ma un quinto soltanto di un ri-

(1) Duranton (XVII-192); Demante (III-462); Duvergier (II-155); Zachariae (III, p. 32).

colto medio; e mentre le altre due dànno quanto sogliono dare di ordinario, senza *alcun dippiù*, voi ne venite dicendo in serietà che i beneficî di queste due annate compensano *ed anche al di là* il manco dell'altra! Ripetiamo: sembra impossibile. E dove si è detto mai nel Codice che la comparazione possa farsi tra i frutti raccolti e *il prezzo dello affitto*? Non è al contrario evidente come la luce del giorno che il prezzo dello affitto è estraneo alla quistione? Non è evidente che i due termini della comparazione sono, da un canto i frutti raccolti, e dall'altro quelli che si sarebbero dovuti raccogliere con ricolti ordinari; di guisa che, il manco di metà di un'annata al di sotto dell' ordinario, deve esser compensato col dippiù delle altre annate oltre l'ordinario (1).

Del resto noi possiamo contrapporre alle stranissime dottrine sopra impugnate una autorità decisiva per Troplong. Sono le sue stesse dottrine; egli infatti, combattendo poco appresso (n. 732) una dottrina di Duvergier, di cui quanto appresso parleremo, abbandona, forse senza neppur accorgersene, le false idee di Clapiers, ritornando alle sue proprie idee che sono di gran lunga migliori. Il dotto magistrato dice allora doversi cumulare e bilanciare tutti *i dippiù* e le mancanze delle varie annate con cui vuolsi compensare la perdita di metà di un'altra annata, e se dal loro bilancio, risulti sempre il manco dell' annata disastrosa, vi sarà luogo alla riduzione. Egli suppone che Pietro, locatario di un fondo che dia in ogni anno 100 sacchi di frumento, ne raccolga 110 nel 1830, 90 nel 1831, e 49 (meno di metà) nel 1832; e decide che i 10 sacchi avuti dippiù nel 1830 sono bilanciati coi 10 sacchi di perdita nel 1831, e che la perdita di 51 sacchi dell'ultima annata resta intera, per cui si dovrà la riduzione. Or Troplong, nello scrivere il n. 732, avrebbe dovuto accorgersi che confutava con ciò la sua dottrina dei nn. 729-730; poichè se deve ammettersi (come appresso esamineremo) che Pietro, essendo l'annata di 100 sacchi, non ha alcun compenso (alla sua perdita di metà) nelle due annate, una *eccedente*, ma compensata dal manco dell'altra, gli è manifesto che Tizio, essendo l'annata di quindici sacchi, non ha nemmeno alcun compenso (alla perdita di quattro quinti) in due annate *di quindici sacchi* ciascuna, e che non diano alcun *dippiù!*... Si dovrebbe pertanto dire, come insegnano Imola e tutti i canonisti, la cui soluzione, contraria a quella di Clapiers, è ricordata da Troplong, che « non essendovi dippiù nelle ultime due annate, la domanda per la riduzione non può incontrare difficoltà di sorta ».

IV. — Il solo punto difficile in questa materia è questo, cioè se dovendosi compensare la perdita di metà o piu di un'annata col dippiù delle altre annate, debbano, come ha detto Troplong, riunirsi tutte e bilanciare il dippiù delle une colle man-

(1) Il sistema di Clapiers, seguito da Troplong, che è eretico in dritto e come interpretazione del Codice, non lo è meno in fatto, e come quistione di economia rurale.

Infatti, egli muove da questa strana idea, che tutto il dippiù risultante dalla vendita dei prodotti di un fondo è *acquistato* al locatario, mentre le spese per la coltura ammontano ad una somma uguale ai due terzi del prezzo di locazione. Un podere, tolto in affitto per 3,000 fr., costa 5,000 all'inquilino: 3,000 dovuti al proprietario, 2,000 per le spese di coltivazione; di guisa che il locatario, dovendo guadagnarsi il mantenimento per lui e per la sua famiglia, dovendo *guadagnar di che vivere* (senza metter nulla da canto), bisogna che i frutti producano *il doppio* del prezzo di locazione. L'uso della colonia parziaria di dividere i frutti *per metà*, sebbene d'ordinario il proprietario somministri le semenze, i bestiami, ec., è fondato appunto su questo fatto. Troplong adunque non mette a calcolo in un podere il salario degli operai, e i viveri che loro si somministrano, il mantenimento o rinnovamento degli animali, gli attrezzi, utensili, cavalli e animali di qualunque natura, le loro malattie e morti *accidentali*, i letami, ec. ed altre spese necessarie alla coltivazione delle terre, lo interesse del capitale che rappresenta i mobili di un podere (capitale che non è meno di 6,000 fr. per un podere di 1,000 fr. all'anno)... E non sarebbe un'*amara derisione* dire all'inquilino che ha pagato in tre anni 3,000 fr. di pigione, e che ne ha ritratto 3,300, che egli ha guadagnato 300 fr., mentre ne *perde de suo* almeno 1,500 fr.

anze delle altre, o se il proprietario possa rendere il dippiù senza tener conto della ıancanza... Noi sulle prime eravamo in- inati a pensare, come Troplong e la magior parte degli scrittori (1), che si do- ·ebbe calcolare il tutto, e compensare la erdita delle scarse annate colla differenza ı più degli eccedenti sulle mancanze; ma opo un più maturo esame ci siamo de- isi ad adottare la contraria soluzione di)uvergier (II-175). Infatti la comune opi- ıione è fondata sopra un argomento cavato la un testo, che ci sembra debolissimo, nentre l'altra è fondata su tre ragioni, una)iù incontrastabile dell'altra.

V.—Si dice in sostegno della prima: il Co- lice vuole 1° che il calcolo immediato debba 'arsi *sui precedenti ricolti*, su tutti e non ;opra alcuni ad esclusione di altri; 2° che ļuando il calcolo debba farsi alla fine dello ıffitto, si dovrà fare *una compensazione li* TUTTE *le annate di godimento*. Il cal- ;olo dunque dovrà farsi su tutte le anna- e, buone o cattive che fossero; se si vo- esse tener conto delle prime e non delle seconde, si favorirebbe soverchiamente il)roprietario in danno dell'inquilino, e si ;ontraffarrebbe al testo medesimo della leg- ;e... Ma l'argomento è poco concludente. Non v'ha dubbio che la legge parli di tutte le annate, ma a quale oggetto? Perchè si compensino tutte le une colle altre, o sol- tanto per far compenso fra le buone e quella che offra una perdita enorme? Di ciò il Codice non parla; e siccome in tutte e due contrari sistemi si devono sempre cal- ;olare tutte le annate, per vedere quali iano eccessive, l'argomento dunque non è affatto decisivo.

Ma la contraria dottrina è sostenuta da ragioni perentorie.

Il primo argomento, a cui Troplong ha creduto rispondere, è questo: La legge dà dritto a riduzione per la perdita almeno di metà di un ricolto, lasciando a peso dell' inquilino qualunque perdita minore; sicchè questi non può pretender mai compenso per la perdita minore di metà; ma gli si farebbe ottenere, non direttamente ma realmente, se si ammettesse il sistema sopraddetto. Se Pietro locatario di un podere che dà annualmente 100 ettolitri, e che ne ha prodotto 110 nel 1830, 90 nel 1831 e 49 nel 1832, potesse compensare il manco del 1831 coi 10 ettolitri di più dell'annata 1830, mentre il proprietario vorrebbe compensarli coll'annata 1832, non è evidente con ciò che egli si farebbe anche indennizzare del manco dei 10 ettolitri dell'anno 1831?... Troplong, come annunziammo, ha creduto soddisfacente risposta il dire « che in tal caso l' annata 1831 non è indennizzata, ma si calcola pure nel conto per togliere la preponderanza all'annata 1830; e che l'argomento contrario confonde l' indennità colla compensazione o semplice bilancio dei profitti e delle perdite ». Ma chi non si accorge che queste non sono che vuote parole? Togliere all'annata 1830 la sua preponderanza, cioè il dippiù di 10 ettolitri per compensarlo col 1831, onde il proprietario paghi il manco del 1832, che non dovrebbe pagare se il dippiù del 1830 si applicasse a questo manco, non importa ripianare la piccola perdita del 1831, e quindi indennizzarne l'inquilino? Egli dice che questa non è una indennità, ma una compensazione! Ma da quanto tempo le compensazioni non si riguardano più come mezzi di indennizzare? Che essa sia un semplice bilancio di profitti e di perdite. Ma da quando in qua il bilancio di una perdita con un vantaggio, di una mancanza con un dippiù non si riguardano più come una riparazione della perdita, una indennità della mancanza? Quella pertanto è una indennità, che non dovrà qui ammettersi, poichè non solo non è dovuta dal proprietario a cui vuolsi farla subire, ma sarebbe anche maggiore (e quindi più grave per colui su cui deve pesare) di quella dovuta da esso proprietario per le perdite enormi. Questa infatti consiste in una riduzione proporzionata del prezzo dello affitto, cioè la metà circa dei frutti perduti (come abbiamo vi-

(1) Duranton (XVII-201); Zachariæ (III, p. 31); Troplong (II-732); Taulier (VI, p. 270).

sto nella nota del n. III), mentre che quella di cui noi parliamo compenserebbe interamente il manco, sacco per sacco!

Il secondo argomento di cui Troplong non ha nemmeno parlato, sebbene con molta precisione esposto da Duvergier, è forse più decisivo del primo... Non v'ha dubbio, e tutti gli scrittori infatti lo riconoscono, che quando il locatario abbia un compenso nelle annate precedenti, la dichiarazione di non aver dritto ad alcuna riduzione è diffinitiva nè può rivocarsi, se pure dipoi si verificassero nuove mancanze (minori di metà). Or sarebbe il medesimo se il Codice avesse avuto il pensiero che gli si vuole attribuire. Se la legge avesse voluto che il dippiù delle annate abbondanti dovesse non già applicarsi alla perdita enorme di cui deve rispondere il proprietario, ma compensare le mancanze delle cattive annate, avrebbe fatto pel locatario a cui *per ora* non sarebbe dovuta la riduzione, quel che fa per il proprietario che attualmente la deve, riportando il calcolo diffinitivo al termine dello affitto. Così se il locatario, invece di raccogliere prima 110, poi 90 e poi 49 raccolga prima 110 poi 49 e poi 90, non sorge manifesto che il Codice, se avesse voluto dire quel che si pretende, non avrebbe potuto dichiararlo *diffinitivamente* senza diritto alla riduzione per la seconda annata, poichè i dieci di più della prima si sarebbero potuti compensare e si compensano infatti colla mancanza uguale della terza annata? Il Codice niega forse immediatamente la riduzione, perciò solo che la perdita di metà diventi minore con un precedente sopravvanzo, e senza badare alla possibilità di una susseguente mancanza? Perchè niega al locatario, dopo verificata questa mancanza ulteriore (che potrebbe essere di 20, 30 e 40 ettolitri invece di 10), il dritto di rifare ciò che prima si era stabilito ed ottenere alla fine dello affitto ciò che prima non aveva potuto ottenere? Perchè ciò, quando il medesimo articolo spiega che nel caso opposto non può mai essere accordata la riduzione che provvisoriamente e salvo lo effetto di ulteriori eccedenze? Non è se non perchè la legge non ammette il vostro bilancio delle eccedenze col manco di meno di metà? — E come infine dubitare di questa teoria dell'art. 1769 (1615) ove si pon mente alla disposizione dello art. 1770 (1616) e ai motivi onde dominata è cotesta ~~materia~~? Ma infine qual è il più orribile risultamento che può avere contro il fittaiuolo questa teoria, che al primo udirla par molto dura per lui? Supponendo riuniti per tutta la durata dello affitto i più tristi eventi, si potrebbe essere ridotto per tutto insieme lo affitto ad aver poco oltre la metà dei frutti sperati. Così, supponiamo che Pietro in sette sopra nove anni di affitto ottenga 51 ettolitri invece di 100, 45 nell'ottavo anno, e 106 nell'ultimo; si dirà che siccome tutti i sette primi anni hanno dato più di metà e il manco maggiore dell'ottavo si trova parimenti ridotto a meno di metà con l'eccedenza di 6 ettolitri dell'ultimo, Pietro nulla può dimandare, sebbene in tutto egli abbia 508 ettolitri invece di 900. In che possiamo di ciò sorprenderci? Secondo il principio fondamentale del Codice in tal materia non si deve forse accordare la riduzione per la perdita di *una metà almeno*? Non sarebbe forse Pietro nell'impossibilità di avanzar reclamo, quando pure, in vece di avere almeno un'annata di 106, che il proprietario non può far discendere al di sotto di 100, non avesse avuto in ogni anno che 51; donde ei conseguirebbe non altro che 459? Forse infine la legge non intende questo principio con tal rigore, che anche nel caso in cui la enorme perdita di un anno non può compensarsi coi guadagni di una o più altre annate, perocchè il fitto fosse di un solo anno, la legge accorda sempre la riduzione quando il manco è per lo meno di metà; cotalchè colui che toglie in affitto per un anno un campo, di cui la media è di 900 ettolitri, e che ne raccoglie 451, non può domandar la riduzione, sebbene non vi sia stato modo di menomare quell'ingente perdita? Positiva è qui la disposizione dell'art. 1770 (1616). Senza della quale si avrebbe potuto sostenere che il Codice aveva adottato: il prin-

cipio, che la perdita doveva essere almeno del 50 per 100 in un anno, e negato la riduzione per una perdita di 40, 45 e 49, prese in considerazione le eventualità di migliori annate ; che l' ipotesi di 6, 9 e 12 annate che diano tutte una perdita di 45 a 49 per 100 era troppo sottile per entrare nei calcoli del legislatore, per cui si fraintenderebbe la mente della legge , coll'applicare alla totalità di un affitto ciò che ella avrebbe detto per un solo anno, la cui perdita è necessariamente menomata per gli anni precedenti o seguenti. Ma in faccia all'art. 1770 (1616) è vano ogni ragionamento , dacchè regolando tassativamente il caso speciale di una perdita su tutto intero il ricolto dell'affitto, vi applica sempre il principio che la perdita deve essere del 50 per 100 *al meno!*

La quale nostra soluzione , che è così conforme alle regole del dritto scritto, non lo è pure a quelle della giustizia e dell'equità? Forse la legge, senza essere ingiusta, non avrebbe potuto mostrarsi più severa per il fittaiuolo , permettendo al proprietario di applicare al compenso delle perdite del 50 per 100 tutto quello che negli altri anni eccede il 50 per 100, invece di lasciargli prendere ciò che eccede l'ordinario ricolto? Forse il fittajuolo che — non si dimentichi — non paga *mai* alcun aumento per gli anni di abbondanza , per quanto grande si fosse , non sarebbe con molta equità trattato con la riduzione per la perdita eccedente il 50 per 100, ma fatto ogni compenso ? non deve egli rallegrarsi che tale riduzione (che ottiene, lo ripetiamo , senza *essere costretto alla reciprocanza*) gli sia accordata senza il compenso dei ricolti medii? Quando , da una mano , si valuti questa considerazione , e dall' altra scorgesi che l' art. 1770 (1616) applica anche al caso di un solo ricolto la regola che la perdita dev'essere per lo meno di una metà; e poi che l' art. 1769 (1615) nega la riduzione al fittaiuolo il cui danno è abbastanza scemato per una precedente eccedenza , quali che si fossero gli ulteriori mancamenti, non può non dichiararsi inesatta la soluzione di Duranton , Troplong ed altri intorno alla quistione di cui abbiamo tenuto discorso.

Ben si comprende che per chiedersi la riduzione, è necessario che la perdita almeno di una metà fosse su tutto insieme il ricolto dell'anno. Quindi se un podere producesse frumento, avena, orzo , cavoli, ecc. non basterebbe per mo' di esempio la perdita dell'intero frumento, ma che il solo frumento desse lo stesso valore che gli altri prodotti riuniti. Similmente, se il podere comprende terre aratorie, prati e boschi , vi sarebbe riduzione per la perdita di tutti i cereali, quando questi avessero lo stesso valore almeno dei prodotti dei boschi e dei prati. Certo se il fittajuolo, in forza di varî affitti tenga varî fondi del medesimo proprietario , in tal caso quella regola si applicherebbe divisamente per ciascheduno affitto; ma se lo affitto è un solo , il calcolo deve farsi sopra tutti insieme i prodotti, e si potrà far la riduzione quando la perdita fosse almeno della metà dello intero ricolto. — Segue da ciò che se colui che con un solo atto toglie in affitto varî fondi di diversa natura, avesse sullocato ognuno di essi a parecchi sullocatarî, potrebbe darsi ch'ei fosse costretto ad una riduzione rispetto al tale o tale altro dei sullocatarî, ma che nulla potesse pretendere rispetto al proprietario.

Si comprende altresì, che il fittaiuolo cessato lo affitto, può chiedere riduzione per perdite avvenute per casi fortuiti, quando le avrà fatto verificare in tempo in cui si fosse potuto conoscere se e quanto sarebbero state.

Si comprende ancora, che il locante il quale per una perdita di metà , o di più avesse consentito alla buona e senza ordine del magistrato la riduzione del prezzo dell'annata, si reputerebbe, tranne una volontà contraria non si fosse indicata, avere ciò fatto provvisoriamente, e potrebbe disdirsi, quando negli anni seguenti vi fosse stata una eccedenza per cui la perdita sarebbe ridotta al di sotto della metà. — Diciamo -- *tranne una volontà contraria non si fosse indicata*, il che avrebbe luogo specialmente quando il danno fosse già

compensato con le annate precedenti. In tal caso il locante ha voluto certamente non fare una riduzione sotto condizione e allo evento di un compenso ulteriore, dacchè il compenso era già fatto.

VI. — Poichè i frutti sono divisi dalla terra e innanzi che fossero o abbiano potuto essere riposti nei magazzini, appartenendo ormai al fittaiuolo, si perdono per lui. Non così per un colono parziario, perocchè ogni avvenimento, non imputabile al colono, che assottiglia il ricolto, anche dopo che esso è separato dal fondo, scema per ciò stesso la frazione del ricolto che deve appartenere al proprietario. Ma ciò non ha che fare col principio d'indennità sopra sviluppato; non si fa riduzione al locatario sopra ciò che è da lui dovuto; egli paga il suo debito secondo lo affitto, se non che esso è minore dopo lo avvenimento, perchè è tenuto a dare una frazione del ricolto, che è stato sminuito per lo avvenimento. In questo caso non è necessario la perdita sia di metà; per minima che sia, il proprietario ne sosterrà la sua parte del pari che il colono parziario; egli darà la metà o il terzo del ricolto, secondo che questo sarà molto o poco.

Il Codice torna al nostro principio, dichiarando nell'ultima finale disposizione dell'art. 1771 (1617) che è dovuta la riduzione quando la causa del danno era già nota al tempo dello affitto. Si è dovuto aver riguardo a quella perdita nella valutazione del prezzo. Non è nemmeno dovuta riduzione di sorta quando nello affitto il locatario ha tolto su di se i casi fortuiti, siccome è detto nei due seguenti articoli.

1772 (1618). — Il fittaiuolo può con una espressa convenzione sottoporsi ai casi fortuiti.

1773 (1619). — Questa convenzione non s'intende fatta se non pei casi fortuiti ordinarî, come la grandine, il fulmine, la gelata, o la brina.

Non s'intende fatta pei casi fortuiti *straordinarî*, come le devastazioni della guerra, o una inondazione, che non sogliono di ordinario affliggere il paese, eccetto che se il fittaiuolo siasi soggettato a tutti casi fortuiti preveduti, o non preveduti.

I. — Il Codice, rigettando la falsa e sottile idea di Vinnio, il quale pretendeva non potersi parlare di un caso fortuito previsto, avvegnachè non si potesse mai prevedere per la natura delle cose (Quest., lib. 2, cap. I), distingue al pari che Bartolo, i casi fortuiti in previsti ed ordinarî, ed imprevisti o non ordinarî. Ciò ragionevolmente; il caso fortuito, detto qui ordinario che è sempre imprevisto in quanto è ignoto dove, come, e se avverrà, può essere preveduto come possibile e probabile, ed infatti è preveduto da tutti gli uomini di buon senso. Non vi ha fittaiuolo che in un contratto di affitto di nove anni non preveda che dovrà probabilmente essere soggetto ad una o più gragnuole, ma non prevederà nè sospetterà che degli stranieri invadano la Francia o che avvengano di quelle mostruose meteore, una delle quali nel 1845, ha mandato in rovina i campi e le filature di Moreville donde sorsero tante delicate quistioni innanzi le Corti di Rouen e di Parigi.

Il fittaiuolo può assumere a suo carico le due sorti di casi fortuiti; ma c'è bisogno per gli uni e per gli altri, che ciò formalmente si stipuli, per cui si *riferisce ai soli* casi fortuiti ordinarî la clausola che direbbe andare a carico dello affittaiuolo i *casi fortuiti* o anche tutti i *casi fortuiti*. Non si presumono cosiffatti pesi; bisogna che si dica espressamente.

Per medesimezza di ragione, quando il fittaiuolo toglie su di se i casi fortuiti ordinari, o qualsivoglia caso fortuito, anche non ordinario, dovrebbe sempre riferirsi, salvo una diversa volontà, alle perdite di ricolti, e non già alla privazione di una parte dello stesso fondo. Possono anche convenire le parti che il fittaiuolo stia soggetto ai casi fortuiti, anche per la privazione parziale

ella cosa e il locante sarà discaricato della aranzia dell' art. 1722 (1568) non che ell' altra di cui trattano gli art. 1769-770 (1615-1616); ma anche per questo è necessario sien chiaramente manifeste le volontà, dovendosi tutte le clausole di tal natura intendersi in senso limitato.

1774 (1620). — L'affitto di un fondo rustico senza scrittura si reputa fatto pel tempo che è necessario, affinchè il conduttore accolga tutti i frutti del fondo locato.

Così l'affitto di un prato, di una vigna, di qualunque altro fondo, i cui frutti si accolgono interamente nel corso dell'anno, si reputa fatto per un anno.

L'affitto delle terre lavoratrici, quando queste sieno divise in porzioni coltivabili alternativamente, si reputa fatto per tanti anni, quante sono le porzioni.

1775 (1621). — L' affitto de' fondi rustici, quantunque fatto senza scrittura, cessa *ipso jure*, collo spirare del tempo pel quale s'intende fatto, a norma del precedente articolo.

1776 (1622). — Se allo spirare degli affitti di fondi rustici fatti con iscrittura, il colono continui, e sia lasciato in possesso, ne risulta un nuovo affitto, il cui effetto è determinato dall'art. 1774 (1620).*

SOMMARIO

I. I fondi rustici sono sempre locati per un tempo determinato, quand'anche le parti ne tacciano. Regole intorno a ciò. Conseguenza.

II. Tacita riconduzione di tali fondi. Caso preveduto da Pothier. — Strano errore di Duvergier.

I. — Abbiamo già detto sotto l'art. 1736 (1582) che per *affitti consentiti senza scrittura o con iscrittura* bisogna intendersi gli affitti consentiti con convenzione sulla loro durata o senza. Or la legge in questi articoli stabilisce pei beni rustici questa regola, cioè, che gli affitti consentiti senza scrittura, o a meglio dire senza che le parti ne indichino la durata, dovranno di pieno dritto reputarsi fatti per tutto il tempo necessario per raccogliere tutti i frutti dei fondi locati. — Così, se il ricolto si faccia in una sola annata, lo affitto durerà per quel tempo. — Ma se le terre siano lavorative, e divise quindi in *porzioni coltivabili alternativamente*, lo affitto si prolungherà per tante annate quante siano le *porzioni* (*soles o saisons*). Così chiamansi le divisioni del podere in più parti, uguali o quasi, ciascuna delle quali si semina e dà prodotto successivamente in più annate. D' ordinario le divisioni si fanno in tre parti, una pei frumenti (e un po' di segala), l'altra per le avene e per gli orzi, l'ultima per maggese, cioè si lascia in riposo completo, nei paesi poco avanzati nella coltura (1), e negli altri vi si mettono piante che possano rendere al terreno una parte della sua fertilità perduta per la seminagione dei frumenti e delle avene nei precedenti anni. In altre contrade, più innanzi nella coltura, si fanno due divisioni, e il frumento si semina sul medesimo terreno coll'intervallo di due anni invece di tre. Or gli affitti consentiti senza indicazione della durata si reputeranno fatti per due o tre annate, secondochè si facciano due o tre divisioni. — Gli affitti dei boschi, pei quali erasi scritta nel progetto del nostro articolo una regola speciale ed

* Nella tacita riconduzione dei fondi rustici la durata di essa va limitata al tempo che è necessario per la raccolta dei frutti. C. S. di Napoli, 16 agosto 1825.

(1) I maggesi, il cui funesto sistema regna ancora in alcune fertilissime contrade, specialmente nella bassa Normandia (chè finalmente è stato abolito nell'alta Normandia, e speriamo che a poco a poco si eviti ondunque), chiamansi pure *compols*, *fiches*, *landes*, *guérets*, ec.

eccezionale, che fu giustamente censurata e tolta per applicarvi la regola generale, si reputeranno fatti per tutto il tempo necessario al taglio intero, secondo lo acconciamento dei legnami. Per esempio, se il taglio si fa in diciotto anni, in unica volta o in varie riprese, e il bosco intero nel primo caso, o la parte più giovane nel secondo, conti già due anni al tempo del contratto, lo affitto si reputerà della durata di sedici anni; se il taglio si fa in dodici anni, a metà alla volta, e la metà più giovane conti cinque anni, lo affitto si reputerà della durata di sette anni.—Se un solo affitto riguardasse terreni di diversa natura, come boschi, prati, terre lavorative, ec., si dovrà applicare sempre la medesima regola, e la durata dello affitto si estenderà sempre a tutto il tempo necessario per raccogliere i prodotti di tutti i fondi. Se dunque le terre lavorative siano in tre divisioni, il colono, sebbene il bosco si dovrebbe tagliare in intero alla prima annata, e i prati darebbero l'intero ricolto in un anno, potrebbe ciò nondimeno ritenerli per tre annate; e se il bosco si dovrebbe interamente tagliare in sedici anni, come sopra, lo affitto durerebbe anche sedici anni pei prati e le terre.

Adunque gli affitti dei beni rustici saranno sempre consentiti per un tempo stabilito, quand'anche nulla sia detto dalle parti, e dovranno quindi cessare di pieno dritto scorso quel tempo, senza bisogno di congedo; il che fa pruova che la proposizione dell'art. 1736 (1582) è troppo generale, estendendo a torto a tutti gli affitti la necessità del congedo che vale soltanto per le locazioni delle case (1).

II. — Ma se al termine dello affitto del fondo rustico, siasene o pur no indicato il tempo (poichè l'art. 1776 (1622) alla sua volta ha il torto di indicare questa regola soltanto per gli affitti consentiti con iscrittura, mentre essi hanno tutti una durata prefissa), il colono resta nel possesso e vi è lasciato, in tal caso si formerà la tacita riconduzione di cui parlammo sotto l'art. 1738 (1584), e lo affitto si reputa rinnovato per il tempo necessario a raccogliere tutti i prodotti.

Pothier (n. 361), parlando di questa tacita riconduzione dei beni rustici, moveva una quistione la cui soluzione sembravagli facilissima, come è sembrata a Troplong (II-774) ed anche a noi, ma che è stata decisa in senso contrario da Duvergier (II, numeri 216-218). Pothier prende l'esempio di un colono che abbia tolto in affitto *per un anno una* delle due porzioni *ineguali* di un podere, e che alla fine dell'anno abbia preso a coltivare, senza ostacolo del proprietario ed a sua conoscenza, le terre dell'altra porzione. *Quid juris?* Pothier e Troplong rispondono che quella non è una tacita riconduzione, poichè il novello godimento riguarda beni che non erano stati locati, bensì una locazione tacita che durerebbe un anno, poichè riguarda una porzione, il cui prezzo (di cui non si è fatta parola e che non può esser certamente uguale a quello dell'altra porzione, poichè i beni sono di differente valore) dovrebbe determinarsi dai periti, se le parti non siano d'accordo. Questa soluzione sembra a noi d'una esattezza inappuntabile; ma Duvergier la combatte con lunga discussione onde stabilire che il novello affitto si estenderebbe a tutte due le porzioni del podere, che dovrebbe durare due anni, e che il prezzo sarebbe di pieno dritto quello dello affitto precedente. Così deve essere, secondo lui, applicando i principî della tacita *riconduzione!*

Ma il nostro dotto concittadino non *ha osato* nemmeno stabilire il punto su cui si fondi la sua stranissima soluzione. Tutta la quistione sarebbe questa, se il fatto possa o pur no formare una riconduzione; e Duvergier lo conobbe, dicendo che il dubbio versa non solo sul tempo e sul prezzo, *bensì sulla medesima quistione se vi sia riconduzione* (p. 241). E sembra incredibile che egli, in tutte le cinque pagine che consacra alla quistione, non solo non determina, ma nemmeno pensa

(1) *Vedi* Ric., 16 agosto 1833 (Dall., 34, 1, 83).

determinare se esista la riconduzione; gli non vuol saperne di questo punto, be, secondo confessa egli stesso, era il rimo a discutersi, restringendosi a provare he le due risposte di Pothier, sulla duata e sul prezzo dello affitto, sono conarie *ai principi della riconduzione!*... a certo che sono contrarie *ai principi* ella riconduzione, poichè essa non esiste! nfatti per esservi la *reconductio*, bisogna apparentemente che vi sia stata la *conductio*: per *rilocare* devesi aver prima *locato*, e nel caso nostro la seconda porzione che il colono loca tacitamente non gli era stata mai locata! Duvergier, che seppe così bene indicare in principio i tre punti della quistione, avrebbe dovuto dire qualche cosa sul primo punto, prima di passare ai due altri, che ne sono conseguenze.

1777 (1623). — Il colono che esce dee asciare a quello che succede, i locali opportuni ed altri comodi occorrenti pe' laori dell' anno susseguente, e reciprocanente il nuovo colono dee lasciare a quello he esce, gli opportuni locali, e gli altri comodi occorrenti per lo consumo de' foaggi, e per le ricolte che restano a farsi. Nell'uno e nell' altro caso si debbono osservare le consuetudini de' luoghi.

1778 (1624). — Il colono che esce, dee pure lasciare la paglia ed il letame dell'annata, se li ricevè quando entrò nell'affitto; e quando non gli avesse ricevuti, il proprietario potrà ritenerli secondo la stima.

SOMMARIO.

I. Obbligazioni reciproche del locatario che entra nel godimento e di quello che esce, nel passaggio da una locazione ad un altra.
II. Il locatario che esce, il quale non abbia trovato la paglia ed il letame al suo entrare in godimento, non è obbligato a lasciarne se non siasi obbligato, o se il proprietario glieli paga. Censura di Troplong.

I. — Il finire di una locazione di un fondo rustico, ed il cominciare di un'altra non è un fatto semplice come quello della locazione delle case. Questo passaggio offre una complicazione di dritti e di interessi che si avvicendano gli uni cogli altri, e negli ultimi mesi dello affitto che termina e nei primi mesi di quello che ha principio importano una specie di godimento comune tra il fittaiuolo che esce e quello che entra. Il Codice a buon dritto si riferisce alla consuetudine dei luoghi, per determinare con precisione i dritti reciproci dei due inquilini, dettando solo il principio generale che deve seguirsi su tal proposito. Ciascuno dei due inquilini dee lasciare all'altro i locali opportuni e gli altri comodi occorrenti all'uno per terminare la sua coltivazione, all' altro per dar principio alla sua. Questo è il principio: le applicazioni poi si faranno secondo la consuetudine dei luoghi, differente per ciascun paese, secondo i varî modi di coltivazione e le diverse nature dei beni.

Così per mo' d'esempio, nella Senna inferiore, nell'Euro e nel Calvados gli affitti han termine e principio nel giorno di S. Michele (29 settembre). Però tre mesi prima, nel giorno di S. Giovanni (24 giugno), l'inquilino futuro ha il dritto di far entrare nel podere, onde preparare in luglio ed agosto le terre per seminarvi il frumento per la seguente annata, due o tre cavalli che metterà nella stalla (vuota, poichè in tal tempo le vacche dormono al piano), un carrettiere ed un domestico che si fanno abitare nel forno, conservando l'attuale inquilino il dritto di cuocervi. — Per S. Michele poi, l'inquilino novello viene ad occupare la casa, ritenendo una parte degli edificî. Infatti, siccome quello che esce ha dritto a tutta l'erba dell'annata, che gli armenti finiscono di mangiare verso Natale, e inoltre ai pomi e peri che si maturano ad inverno avanzato, egli può quindi continuare ad occupare quasi tutte le stalle,

le mandre, i porcili, le macchine, e i trappeti; egli può anche lasciare i suoi frumenti nell'aja fino quasi a S. Giovanni, per farli battere e portarli poi mano mano al mercato, e quindi fino a quel tempo ha dritto ad una parte delle aje (non che ad una parte del granaio pei foraggi), al comodo per uno o più battitori di frumento, per una serviente, per un garzone, per uno o due cavalli, all'uso del forno per cuocere il pane necessario a tali persone, e ad una stanza del forno per cucina, come si è detto sopra.

II. — Fra le obbligazioni del colono che esce contasi quella di lasciare la paglia ed il letame, se li ricevè quando entrò nello affitto; se non ne abbia ricevuto, cioè se siano di sua proprietà, egli dovrà cederli al locante, se questi voglia ritenerli pagandone il prezzo secondo la stima. — Questa regola è chiara e precisa, e al tempo stesso giusta, poichè se il locante può appropriarsi la paglia e il letame del locatario, ciò da un canto riguarda l'interesse generale dell'agricoltura, e d'altro canto non nuoce affatto al locatario, il quale riceve il giusto valore della cosa sua, e per l'applicazione della medesima regola sarebbe sempre sicuro (potendo contrarre altro affitto sotto questa condizione) di trovare nel novello podere la paglia e il letame che vi si trovano. Come annunziammo, questa regola ci sembra giusta e al tempo stesso chiara e precisa; nè sappiamo come Troplong (II-785) abbia potuto rinnovare sotto il Codice una dottrina, che forse prima era giuridica, ma che oggi non lo è più certamente, atteso l'art. 1778 (1624).

Le nostre antiche consuetudini si dividevano in due classi. Alcune, ed erano molte, che riguardavansi formare il dritto comune, permettevano al proprietario di ritenere *senza alcuna indennità* la paglia e il letame esistenti nel podere al termine dello affitto, sebbene il colono non ne abbia ricevuto quando si fu immesso nello affitto, ma posto *de suo*. Altre, che riguardavansi come eccezione alla regola generale, permettevano al colono che esce non solo di prenderseli, ma anche di ve[n]dere o portare altrove durante lo aff[itto] la paglia e il letame, o altri concimi c[he] ricavansi dalla coltivazione del podere, specialmente dal prosciugamento delle la[gune o fossi]... gne o fossi. Questa seconda derogazione al dritto comune era più grave della prima, poichè se è ben semplice che il colono possa prendere, al termine dell'affitto, la paglia e il letame che rispondono a quelli da lui portati, tranne che non rinunzi a questo dritto, gli è all'opposto esorbitante, e contrario alla sua obbligazione di godere e coltivare da buon padre di famiglia, dargli facoltà di portarseli durante lo affitto, mentre dovrebbero servire a mantenere in buono stato le terre. Nondimeno le consuetudini della seconda classe ammettevano l'una e l'altra derogazione al dritto comune: un estremo conduce spesso al contrario estremo, e queste consuetudini di eccezione favorivano troppo il colono, mentre quelle di dritto comune favorivano troppo il proprietario. — *Così* essendo le cose, si era chiesto se la stipulazione fatta da un proprietario, secondo una consuetudine di eccezione, che il colono sarebbe obbligato a convertire in letame per la coltura del podere tutte le paglie ricavate da' ricolti, implicasse anche per *il colono* l'obbligazione di lasciare al termine dello affitto, e senza indennità, *la paglia e il le*tame che ancora esistessero. In breve, la quistione si riduceva a ciò, *se applicandosi* il dritto comune, sotto una consuetudine di eccezione, per uno dei due punti a cui essa consuetudine deroga, debba implicitamente anche applicarsi per *il secondo* punto; la qual quistione era stata affermativamente giudicata da una decisione del Parlamento di Parigi dei 22 agosto 1781. Tale soluzione forse si sarebbe potuto giustamente censurare; infatti se era ben naturale e ragionevole obbligare il colono, durante lo affitto, a convertire tutta la paglia in letame per la coltivazione del podere, sarebbe stato rigoroso ed iniquo obbligarlo a lasciare alla fine dello affitto *senza indennità*, la paglia e il letame che vi avea posto *de suo*: forse era poco

gico e giusto riguardare la seconda obbligazione come sottintesa nella prima, ed indurre dall'applicazione formale del dritto comune intorno ad un punto semplicissimo e naturale, l'applicazione tacita di esso diritto intorno ad un punto rigoroso fino all' ingiustizia. Infatti Merlin, che approva la decisione del parlamento di Parigi, si trova non poco imbarazzato per cercare una risposta speciosa agli argomenti dell'avvocato del colono, che egli riferisce, e ai quali nessuna risposta seppe dare l'avversario che era il famoso cardinale de Rohan. Ma comunque vada la cosa, supponendo che nessuna influenza abbia esercitato sulla decisione la posizione sociale del proprietario, la decisione potrebbe spiegarsi in quanto che la regola a cui volea ritornarsi, sebbene dura, era al postutto una regola *di dritto comune*, e quindi doveasene presumere di leggieri l' applicazione, e reputarsi racchiusa, se non nei termini della clausola, almeno nel suo spirito, come dice Merlin. — Ma oggi che IL DRITTO COMUNE accorda al proprietario la paglia e il letame del colono *coll'obbligo di pagarli*, come è venuto in mente a Troplong che la semplice clausola di mutare durante lo affitto tutta la paglia in letame per la coltura delle terre, basterebbe perchè alla fine il proprietario potesse prendersi la paglia e il letame *senza pagarli?* Non è chiaro al contrario, che se egli non ha imposto al colono l' obbligazione precisa di lasciarli alla fine dello affitto, egli dovrebbe pagarglieli per ritenerli?.... Qualunque agricoltore, dal colono fino al garzone impiegato nel suo fondo, riguardano come grave delitto togliere (nel corso dello affitto) la paglia di un podere per venderla o trasportarla in altri terreni; tutti sanno a meraviglia che il colono il quale non abbia trovato *la paglia* nel suo podere, può, al fine della locazione, portarsi quella che egli vi ha messo. Or se generalmente il primo fatto si ritiene come un delitto simile al furto, e il secondo come l' esercizio del sacro dritto di proprietà, come dunque si potrebbe pretendere che vietandosi l'uno, si intende di pieno dritto vietato l'altro? Come! perchè io riconosco che le vostre terre si perderebbero privandole dell'alimento necessario, si deve intendere perciò che io mi sia obbligato a regalarvi i 3 o 4,000 fr. spesi da me per la paglia e il letame?

Che! voi non vi accorgete della differenza che corre tra l' obbligazione di impiegare temporalmente la mia paglia e il mio letame alla coltivazione delle vostre terre pei nove o dodici anni in cui io ne godo, senza poterneli affatto togliere (poichè probabilmente non ve ne sarà messo quanto basta), e l'obbligazione di lasciarvi la mia paglia e il letame alla fine dello affitto, mentre allora spetta a voi o comprarlo, o provvedervi di altro, o consentire un nuovo affitto a chi ve lo porrà per conto suo, siccome io feci!... Pertanto il nostro dritto novello è d' accordo colla ragione nel richiedere, o che il proprietario stipuli l'obbligazione *di lasciare la paglia al termine dello affitto*, o che la ritenga pagandone il prezzo; e sono esattissime le due decisioni della Corte di Douai, la prima delle quali ha deciso la quistione contro il colono, in una specie in cui questi erasi obbligato non solo a convertir tutta la paglia in letame durante il suo godimento, ma anche *a lasciare al colono che verrebbe dopo lui la paglia e il letame che si ritrovassero nel podere alla fine del suo affitto*, giudicandosi nella seconda contro il proprietario, nel caso di un affitto che conteneva la prima obbligazione, e non la seconda (1).

(1) *Vedi* Merlin (*Quist.*, alla parola *Letame*); Duvergier (II 223); Douai, 4 giugno 1849; Douai, 19 luglio 1850 (Dev., 50, 2, 506; Pal., 50, 2, 383). — È strano che le due raccolte, nei loro sommarî e nelle annotazioni, e Pont, nella *Rivista critica*, t. I, p. 193 e seg., presentano queste decisioni come contraddicentisi l'una con l'altra, senza badare che la seconda giudica su d' una semplice clausola *di mutare tutta la paglia in letame*, mentre la prima al contrario riguarda pure l' obbligazione *di lasciare al termine dello affitto tutta la paglia o il letame!* Esse credono Merlin della loro opinione, ma a torto, poichè questo scrittore discuteva la quistione sotto l'impero delle consuetudini, dichiarando nelle due rubriche del suo articolo di parlare di ciò che esisteva *prima del Codice Napoleone*.

CAPITOLO TERZO

DELLA LOCAZIONE DELLE OPERE E DELL'INDUSTRIA.

1779 (1625). — Vi sono tre principali specie di locazioni di opere e d'industria:

1° quella delle persone che obbligano la propria opera all'altrui servigio;

2° quella de' vetturali, sì per terra che per acqua, che s' incaricano del tras[illegible] delle persone o delle cose;

3° quella degl' intraprenditori di [illegible] ad appalto o cottimo.

SOMMARIO.

I. Rimando per la natura della locazione d'opere e per la parte che assume ciascun contraente. Divisione del capitolo.

II. Differenza della locazione d' opere con quella delle cose. — Differenza più delicata col mandato. Per legge, esiste mandato quando non c'è prezzo, e quindi per le opere di libere professioni. Errore di Duvergier, Zachariae e Taulier. Risposta alle strane idee filosofiche di Championnière.

III. Dello scambio militare. Lunghe es[illegible] della giurisprudenza, oggi certa. — [illegible] tratti consentiti con una agenzia di [illegible] militari. In tal caso colui che fa [illegible] bio è creditore dell' agenzia: [illegible] Zachariae. Nè gode di alcun pr[illegible] errore di Troplong.

I. — Abbiamo sopra provato (art. 1710 (1556)-III), contro l'opinione dei giureconsulti romani, e contro l' opinione di Domat, Cujacio, Pothier e Troplong, che l' idea consacrata dal nostro Codice, secondo cui il locante, nella locazione d'opere e in quella delle cose è quegli che riceve il prezzo, e il locatario quegli che lo paga, la sola razionale, e che dovrebbe adottarsi da qualunque logica legislazione.

La locazione d' opere o d' industria è dunque un contratto con cui una parte, che dicesi locante, s'obbliga far godere del suo lavoro l'altra, che si obbliga pagarlo, e che dicesi locatario. La legge le divide in tre grandi classi, indicate nel nostro articolo, e che sono separatamente regolate nelle seguenti tre sezioni.

II. — Gli scrittori sono concordi nel riconoscere, fra la locazione di cose e la locazione di opere, la precipua differenza, che nella prima il locante, ove si ricusi di adempiere la sua obbligazione di far godere il locatario della cosa, può esservi costretto con l'esecuzione forzata, mentre nell'[illegible] che ha per oggetto l'opera *dell'uomo*, l'[illegible] bligazione non può, ove il locante non ade[illegible] pia, che convertirsi in danni interessi giusta la regola *nemo potest cogi ad factum*.

Ma per l'incontro gli è molto controvers[illegible] (e sarebbe difatti abbastanza delicato, se bisognasse riguardare la quistione sotto il aspetto onde è stata esaminata dagli scrittori) quale sia propriamente il distintivo carattere della locazione di opera e del mandato. Duvergier, alle cui idee si sono accostati altri due scrittori, insegna che il mandato differisca dalla locazione in quanto esso ha il potere (ed anche l'obbligo, dacchè il mandato obbliga) di rappresentare una persona, e parlare o agire in suo nome; donde segue che il medico da me in[illegible] caricato di curare mio figlio ammalato, [illegible] ha locato l'opera sua, e non ha eserci[illegible] alcun mandato, dacchè il medico non [illegible] mio rappresentante, laddove il mio in[illegible] ricato che per due franchi mi ha porta[illegible] la mia valigia ad una diligenza e preso [illegible]

me un posto è mio mandatario, dacchè è il mio rappresentante ed agisce in nome mio. I seguaci del contrario sistema, specialmente svolto da Troplong, credono che i due contratti differenziano in ciò, che l'uno è *pagato* e l'altro no, prendendo la parola pagato nel senso esatto e rigoroso. Così, non solo quando il lavoro non è pagato ma anche quando la somma pagata non sarà propriamente prezzo, bensì un compenso, un onorario, perchè il lavoro è di quelli non valutabili a danaro e non possono *pagarsi* nel senso proprio della parola, il contratto è un mandato (1).

Qui sorgono tre quistioni che si sono senza ragione confuse, e delle quali una sola ha da risolvere il giureconsulto: ciò sono una di filosofia e morale; l'altra di legislazione, e la terza di dritto positivo, ch'è quello solo che rientra nella spiegazione del Codice. In prima, la quistione di filosofia è questa, se la distinzione fra le professioni puramente manuali o mercantili e le liberali, fra l'artigiano o il mercante, e il sapiente e l'artista, fra i lavori che si pagano a danaro e possono pagarsi con un vero prezzo, e quelli non valutabili a danaro, e pei quali non si possono dare nè compensi nè onorari, fra il risultato del calcolo e della speculazione e il frutto della devozione e dell'amore per il vero, il bello, e per l'umanità; se questa distinzione, noi diciamo, non è che un pregiudizio infondato, un errore condannato dalla ragione, e che deve venir meno, o se invece risiede sopra una grande e santa verità.

Questa prima quistione non deve confondersi con l'altra che ci occupa in diritto (nè con quella di legislazione che dimora fra le due); ed eccone chiarissima la prova. Da una parte, Taulier tuttochè dica, come Duvergier, che tutti i lavori retribuiti, nobili o ignobili, si compensino con salario od onorario, non debbono essere che locazioni, pure annunzia, come Troplong, questa filosofica verità, « che i costumi non appianeranno mai le disuguaglianze, che sono armonie, che l'umanità ha i suoi istinti di conservazione, a cui ella non sarà mai per mancare, e che non pareggerà mai il grande poeta che improvvisa un capolavoro per la scena allo spazzatore del teatro (295); » da altra parte, Championniére il quale ammette come Troplong, che il Codice non riconosce la locazione che pei lavori manuali, le arti meccaniche, le opere mercantili, mettendo fra i mandati i più nobili lavori, pretende sempre non valere cotesta regola, dimorare sopra una mal fondata distinzione, per cui dovere sparire la disuguaglianza da essa consacrata (n. 1487).

La quistione di legislazione, a sua volta, a prescindere che la soluzione di dritto ne è indipendente (dacchè consiste nel sapere ciò che la legge ha fatto, non ciò che dovea o deve fare (non si risolverebbe necessariamente colla quistione filosofica; perchè, a parte di altre vedute che non è utile qui notare, ben si potrebbe, tuttochè si proclami giusta, anzi necessaria nella legge la distinzione fra le professioni liberali e le altre, non giungere perciò al sistema di Troplong, e dire che se non si danno in locazioni i lavori di liberali professioni, non possono nemmeno dirsi mandati, ma saranno obbietto di un contratto speciale e *sui generis*. Secondo noi sarebbe questo il nostro avviso in legislazione. In una legge da farsi, i lavori della mente e del cuore non dovrebbero, a nostro modo di vedere, essere nè oggetto di un mandato nè di locazione; avvegnachè se non può ammettersi che lo zelo di quei missionarî che corrono a rendere civili le barbare genti; che la carità di quelle sante religiose le quali rinunziano alle gioie del mondo (e alle volte della fortuna) per assistere negli ospedali le più sudice malattie; che la devozione del medico, del soldato, dell'avvocato e del professore, che il genio del-

(1) Duvergier (II-267 e seg.); Zachariae (III, pagina 34); Taulier (VI, p. 284-297); Merlin (*Rep.*, alla parola *Notaro*, § 6); Duranton (XVIII-196); Championnière e Rigaud (II-1479 e seg.); Troplong (III-791 e seg.).

l'artista, e del letterato, colla sua ardenza, la sua ispirazione ed entusiasmo, che tutte queste belle e sante cose non si dànno in *affitto*, gli è anche bizzarro e contrario a tutte le idee ammesse il ritenere, come nel secondo degli esposti sistemi, che sia mandato ogni lavoro fatto senza prezzo, cotalchè il ciabattino che acconcia le mie scarpe è innalzato alla dignità di mandatario, quando egli qualche volta per caso vuol servirmi gratuitamente.

Ma la questione è altra. Non dobbiamo vedere ciò che la legge doveva fare, ma ciò che ha fatto ; il Codice ha abbracciato il secondo sistema.

Il Codice austriaco (art. 1163) fa espressamente dei sopraccennati lavori e servigi un caso di locazione (1) ; e il nostro al contrario non solamente non accenna a tal sistema, ma sia nel testo, sia nei lavori preparatori non mostra affatto di aver mutato in ciò gli antichi principî; per cui ha seguito il secondo sistema che prevalse in Roma e nel nostro antico dritto. Difatti, si è detto sempre che una delle condizioni della locazione è il *prezzo* ; che senza prezzo il contratto che ha per obbietto lavori e servigi di ogni sorta non è locazione, ma *un mandato*; infine che i lavori e servigi di cui abbiamo discorso non essendo capaci *di prezzo*, avvegnachè per loro natura non fossero valutabili , non costituiscono una locazione ma un mandato. Paolo, Ulpiano, Cajo, Giustiniano, Bartolo, Cujacio, spiegano tutti che il mandato è gratuito, che può ricevere un onorario, non un prezzo , che l'esservi o no un prezzo farà che il contratto sia locazione o mandato; che, quanto alle arti liberali, il contratto sarà necessariamente un mandato, dacchè allora non può darsi prezzo; e Pothier, applicando, non solo nei suoi commentari del dritto romano, ma anche nei suoi lavori sul dritto civile francese, questi costanti principî, dice a sua volta: « Vi sono alcuni servigi pei quali , benchè dipendano da una professione liberale e [illegible] *conseguentemente appartengono* al *contratto di mandato*. . . coloro che [illegible] prestato sono ammessi a domandare giudiziariamente un compenso ordinario. — Tali sono i servigi dei medici, dei grammatici, dei maestri di filosofia, ec. [illegible] di costoro non è *ex locato*, avvegnachè il compenso non fosse una *pigione*, un *prezzo* perchè per indole loro non può apprezzarsi ». Pothier ritorna più volte su questa capitale differenza fra il *prezzo* di un lavoro che può esser pagato, e ciò che si dà in compenso od onorario di lavori e servigi che per la loro natura non possono essere stimati , spiegando sempre che il primo caso costituisce una locazione, il secondo un mandato (2). Or non avendo il Codice fatto mutamento di sorta, non incontra dubbî la nostra *quistione*.

Del resto, questa teoria legale, trasmessa a noi dai Romani, censurabile in quanto scorge qui sempre un mandato, è [illegible] almeno in quanto che non vi vede una locazione, ammettendo la distinzione fra professioni liberali e le altre; e noi protestiamo per quanto è in noi contro la incredibile censura fattale da Championnière. Secondo lui cotale distinzione è *poco fondata*; la disuguaglianza delle professioni [illegible] puro pregiudizio derivante dalla ineguaglianza delle persone e dei beni su cui era poggiata la costituzione romana e il sistema feudale, è una opinione che *deve cadere* ed *estinguersi* : oramai la eccellenza di alcune professioni è ammessa soltanto da *coloro che le esercitano*, e *bentosto* , quanto più il progresso cammina, *i lavori come le menti avranno* TUTTI la *impronta* DI CALCOLO *e di eguaglianza* : *l'artista e lo scrittore, caduti da quella* FITTIZIA *altezza* non saranno, anche ai loro occhi, che INTRAPRENDITORI *e le loro opere* SPECULAZIONI. Per questo appunto le regole dei compilatori del Codice *possono* GIUSTAMENTE *essere criticate* (n. 1487 [illegible]

(1) Siffatta disposizione fa dolore vedersi nel Codice di una nazione europea; ma si quadra bene, come fa osservare Troplong , colla disciplina militare a colpi di bastone.

(2) Dig. mand. vel cont. 1, § 4; *ib.*; 6; Caji. [illegible] III, 162; Justin. *instit.*, III, 26 § 13; Bartolo (sopra la legge *si mensor*), Cujacio (*lib. III*, [illegible] legge 7 *Mand.*); Pothier (*Mandato*, n. 26 e [illegible]

e nota)... Simiglianti dottrine non vanno confutate, ma si denunziano alla ragione pubblica la quale se non bestemmie, le riterrà certamente come sogni di mente farneticante. No, il poeta, l'artista, il letterato, il sacerdote, il soldato, il medico, il professore (io voglio dire di quelli che degnamente lo sono) non saranno mai, nè agli occhi loro nè di altrui, intraprenditori, le loro opere non saranno mai speculazioni; no, l'ardente amore del vero e del bello, la devozione alla patria e alla umanità; l'entusiasmo del genio, le nobili e sante passioni dei grandi uomini, non saranno mai atti di calcolo; il movente e la ricompensa di loro non sarà mai il danaro, ma sempre la gloria, la venerazione e l'ammirazione degli uomini, l'intima gioia della coscienza; quando il bravo soldato si farà uccidere con tanto eroismo per difendere il proprio paese, quando quell'uomo eminente impiegherà tutto sè stesso per un capolavoro, l'uno non baderà ai pochi soldi di più o di meno che gli pagherà lo Stato, nè l'altro ai biglietti bancali che gli darà l'editore; entrambi non *calcoleranno* se avrebbero pochi soldi o qualche migliaio di franchi di più, ove fossero mercanti, anzichè soldati, sacerdoti, artisti e letterati. Colui che ha posto nel cuore degli uomini l'amore della moglie e dei figli, ha posto anche nelle anime elette l'amore della patria, e della umanità, del vero, del bello e del sublime, e l'amore è ben diverso dalla speculazione e dalla intrapresa commerciale! Del resto, lo stesso Championnière, cui lo zelo della scienza ha consunto e tratto sì presto al sepolcro, egli che lasciò quel capolavoro del *Trattato dei diritti del registro*, pietra preziosa, sventuratamente male incastrata, egli che è diventato uno dei nostri primi giureconsulti, mentre lo Stato gli negava quella meschina distinzione di cui era liberale verso gl'intriganti e i camerati, Championnière con un nuovo documento del vero che noi attestiamo; egli ha calunniato sè stesso nel calunniare l'umanità, e tutta la sua vita è una protesta contro le strambe parole che egli disse certamente in un momento di malattia o di scoraggiamento.

III. — Pria di venire alle tre sezioni che sono le suddivisioni del nostro capitolo, diciamo qualche cosa di una varietà di locazione che si è molto sviluppata da venti anni in qua, e che continua, non ostante che si è molte volte chiesto di sopprimersi e che nel 1848 stava per essere abolita, e speriamo lo sarà tra breve. Gli è il contratto dello scambio militare che costituisce una locazione di servigi, ma diversa da quella trattata negli art. 1780-1781 (1626-1627), ed ha diverse regole.

Lo scambiato che risponde della diserzione dello scambio, secondo l'art. 23 della legge del 21 marzo 1832, per un anno dal giorno che si è fatto l'atto innanzi il prefetto, e purchè lo scambio non sia arrestato in quel termine, lo scambiato adunque è tenuto a tutto il prezzo, se nel primo anno che dicesi di garanzia, lo scambio non abbia disertato, o disertato, non sia stato arrestato (1). Egli similmente vi sarebbe tenuto, se, per qualsiasi causa lo scambio servisse meno del tempo stabilito, dacchè non sarebbe stato interamente liberato.

Ma non sarebbe così se il sostituito fosse obbligato, dopo alquanto tempo, a servire per effetto di una legge che chiamerebbe personalmente lo scambio, e allora si dovrebbe pagare il prezzo in proporzione del tempo che lo scambio ha servito. Alcune decisioni avevano dapprima giudicato il contrario, ma senza ragione, dacchè se vi ho promesso una determinata somma onde sostituirmi per otto anni, e voi mi sostituite per soli quattro, secondo le più semplici nozioni di ragione e di giustizia io sono tenuto alla sola metà del prezzo stabilito, obbligato a continuare il servizio per l'altra metà di tempo. Certo voi non siete in colpa, non potendo adempiere più oltre la vostra obbligazione per un fatto indipendente dalla vostra volontà; ma da ciò non segue che io non possa dimandarvi i danni

(1) Troplong (III-831); Zachariae (III, p. 38); Grenoble 6 maggio 1848 (Dev., 49, 2, 11).

interessi (1). Quanto all'altra quistione se il contratto di cambio fatto dal padre (non tutore) del sostituito, dia azione contro costui, è bisogno far la distinzione; se il figlio è minore, il padre sarà naturalmente come il suo *negotiorum gestor*, e quindi il figlio è obbligato, eccetto che dalle circostanze non sorga avere il padre convenuto nel suo personale interesse (2).

Ma se il figlio è maggiore, egli e il padre risguardandosi come due persone affatto indipendenti, e che non ponno obbligarsi l'una dall'altra, il padre si stimerebbe aver convenuto per se, e sarebbe per cui il solo obbligato. Similmente se si chiarisca che il padre abbia trattato per il figlio, e come suo gestore di affari, o che questi abbia voluto obbligare se medesimo (3).

Quando lo scambio e il sostituito hanno convenuto ciascuno con un agente di assicurazione, il sostituito è debitore verso costui, non verso lo scambio ; e ciò nonostante alcune Corti di appello hanno giudicato il contrario, e quasi avesse pagato male la prima volta, condannato a pagare una seconda il sostituito che sendo fallito ero perseguitato dallo scambio. In questo caso il contratto non è un solo, bensì due; il primo fra l'agente e il sostituto che si obbliga *a pagare a costui* una determinata somma, non volendo sapere del quanto abbia potuto o potrà pagare affin di somministrargli uno scambio ; il secondo fra lo agente e lo scambio che stipula doverglisi pagare una somma prefissa da quello, non volendo sapere quanto egli abbia ricevuto o sarà per ricevere dal sostituito; di che seguita che lo agente è il solo debitore dello scambio e il solo creditore del sostituito. E se si volesse dire che quando il sostituito presenta il cambio all' autorità amministrativa , formasi tacitamente , fra il cambio e il sostituito, un terzo contratto , col quale ciascuno di loro si obbliga direttamente verso l' altro , ciò non muterebbe per niente la soluzione. Quale sarebbe la condizione del nuovo contratto? Forse il sostituito pagherà alcuna somma allo scambio ? Certo che no ; dappoichè l' atto amministrativo avvenuto innanzi il prefetto , non toglie nulla alle precedenti convenzioni, anzi è la conferma, la rispettiva accettazione di quei per parte del cambio e del sostituito. Adunque nel terzo ed ultimo contratto sarà stabilito, come negli altri due, che una somma determinata sarà pagata dal sostituito all'*agente* e un' altra somma dall'*agente* al cambio.--Il cambio ha per debitore l'agente con cui ha trattato; e come potrebbe sempre farsi pagare dall' agente quand' anche questi non fosse stato pagato dal sostituito, diventato insolvibile, così non può nulla dimandare al sostituito, ove non sia pagato dall'agente che è il solo suo debitore. — Indarno alcune decisioni, e al pari di esse Zachariae, che neppur dà ragione della sua dottrina, porgendola come assioma (III, p. 39) hanno voluto far transazione con questi principî, dando al cambio l' azione sino alla concorrenza di ciò che il sostituito deve ancora all'agente già fallito.

Ciò non può sostenersi, dacchè i creditori dell' agente fallito hanno il medesimo interesse e i medesimi dritti di quello, e mentre il sostituito è solo debitore verso l' agente , il cambio non *può nulla ripetere* da lui. Infatti è ormai costante nella giurisprudenza della Corte suprema, e delle Corti di appello, di quelle stesse che prima avevano giudicato il contrario (4).

E se bisogna così ritenere che il cambio non è creditore che dell'agente o in-

(1) Rig., 9 maggio 1815; Rig., 20 giugno 1826. — Cont. Nîmes, 8 agosto 1810; Colmar, 2 gennaro 1811.

(2-3) Colmar, 6 dicembre 1815; Caen , 17 agosto 1827; Parigi, 3 giugno 1829 ; Bourges , 5 dicembre 1832; Parigi, 29 febb. 1840 ; Amiens , 11 luglio 1840; Parigi, 31 dicembre 1842; Bourges , 27 novembre 1850; Caen, 20 dicembre 1851 (Dev., 32, 2, 634· 40, 2, 148 e 473; 42, 2, 415 ; 43, 2, 366; 51 2, 154; 32, 2, 246).

(4) *Contr.*, Rouen, 1 magg. 1829; Rouen, 6 agosto 1829; Bordeaux, 31 luglio 1832; — *Conf.*, Tolosa, 26 magg. 1830; Lione, 29 giugno 1831; Rig., 21 novembre 1832; Rig., 10 aprile 1833; Rig., 21 magg. 1833; Bordeaux , 12 lugl. 1833 ; Rouen , 4 ag. 1833; Parigi, 16 ag. 1838; Cass., 13 genn. 1841 (Dev., 30, 2, 266; 32, 1, 113 ; 33, 1 , 13 , 271 e 765; 34, 2, 19; 38, 2, 514; 41, 1, 401).

traprenditore di cambi, e non del sostituito, debbiamo anche ritenere, checchè ne dica una decisione di Lione del 1833 approvata da Troplong (III-838), che il suo credito non è affatto privilegiato. La Corte di Lione e Troplong si fan forti dell'articolo 2102 (1971)-3°, che dichiara privilegiate *le spese fatte per conservare la cosa.* Ma questa idea, per quanto fosse *ingegnosa*, come dice il dotto magistrato, è però falsissima. Infatti, si può mai riguardare la somma che deve pagarsi al cambio come un rimborso di *spese fatte per lui?* Le sole spese, che si potrebbero riguardare come fatte per la conservazione del credito contro il sostituito sarebbero le somme versate dal cambio; ma queste non le farebbe costui, bensì l'agente, e del resto una volta pagate non si dovrebbero più pagare. Pertanto è falso l'ingegnoso ritrovato di Troplong, che del resto è stato condannato dalle decisioni, in cui è giudicato con somma esattezza che i privilegi sono stabiliti di stretto dritto, e che quindi non si può scorgerne qui uno a vantaggio del cambio (1).

SEZIONE PRIMA

DELLA LOCAZIONE DEI DOMESTICI ED OPERAI.

1780 (1626). — Nessuno può obbligare i suoi servigi, fuorchè a tempo o per una determinata impresa.

1781 (1627). — Si presta fede al padrone sopra la sua giurata asserzione, per la quantità delle mercedi;

per lo pagamento del salario dell'annata decorsa;

e per le somministrazioni fatte in conto dell'annata corrente.

SOMMARIO

I. Che cosa intende il Codice per domestici, *e di quali* operai *qui è parola.*

II. Non si può, nè direttamente nè indirettamente, obbligare i proprî servigi, per tutta la vita. Tale convenzione sarebbe assolutamente nulla, e non obbligherebbe alcuna delle parti. Risposta a Troplong, — Osservazioni. — Il padrone può obbligarsi per tutta la sua vita.

III. Come ha termine la locazione di servigi.

IV. Regola di eccezione per la somma e pel pagamento dei salari. Essa non può estendersi ai casi non preveduti nello articolo.

I. — Dobbiamo qui parlare della locazione di servizî, cioè della locazione dei *domestici,* secondo l'intendimento che ora si ha di questa parola, e di alcuni operai che possonsi chiamare *operai-servitori.*

Prima del Codice *domestici* erano tutte le persone che erano nella casa di un altro, con qualunque siasi titolo: *Domestici, qui ex domo sunt*; di guisa che i precettori, gli elemosinieri, i più alti ufficiali della casa di un principe o di un re erano *domestici,* al pari che un garzone o un cuciniere.

Ma già da buon tempo questa parola non ha più presso noi un significato così esteso. La legge dei 19-20 aprile 1790 (art. 7) riconosceva, oltre i domestici, gli intendenti, i segretarî, gli amministratori ed anche i carrettieri; però nel linguaggio del Codice, i domestici sono quelli soltanto che prestano gl'infimi servigi ad una persona, e che anche generalmente sogliónsi chiamare in tal modo (2).

La parola operai non può comprendere tutti coloro che nel linguaggio ordinario così son chiamati, ma quelli solo che si

(1) Parigi, 16 agosto 1838; Cass., 13 genn. 1841 (Dev., 38, 2, 514; 41, 1, 401).

(2) *Vedi* intanto Rouen, 10 luglio 1843 (Dev., 44, 2, 34).

assoggettano ad una maggiore dipendenza, locandosi a giornata, a settimana, a mese o ad anno. Gli altri, cioè tutti coloro che essendo semplici operai (poichè fanno dei lavori manuali o esercitano arti meccaniche), lavorano *per conto loro*, cioè mediante un prezzo fatto per ciascuna opera, non sono inclusi nella nostra I^a^ sezione, ma nella III^a^, poichè il contratto consentito non è più una locazione di opere, ma un cottimo o locazione a prezzo stabilito.

II. — Il Codice permette di obbligare i proprî servigî per un tempo ristretto, o per una impresa determinata, la cui durata in conseguenza sarà anche ristretta: sarebbe nulla l' obbligazione contratta da un uomo di servire per tutta la sua vita, poichè essa costituirebbe una specie di schiavitù che ripugna colla libertà e dignità dell'uomo (1). Sarebbe anche nulla la obbligazione, benchè fatta per un tempo e per una intrapresa determinata, se durassero tanto da dover trascorrere la vita di colui che si obbliga: in fatti gli è manifesto che la obbligazione di servire una persona per settantacinque o per ottanta anni (o per soli quaranta, se quegli ne conti già cinquanta o cinquantacinque), o ad estrarre tutto il materiale di una cava per cui abbisogni il medesimo tempo, importa in realtà una obbligazione per tutta la vita. Fa meraviglia che Troplong (III-859) creda questo punto delicato in quanto riguarda la seconda ipotesi; mentre non lo è più per l'una che per l'altra. Invano il dotto magistrato fa notare che il testo della legge preso alla lettera permetta la obbligazione se fatta per *una intrapresa determinata*; poichè a ciò si risponderebbe che in questo modo sarebbe del pari permessa l'obbligazione se fatta *a tempo*, cioè per una durata prefissa. La legge sì nell'uno che nell'altro caso intende vietare qualunque contratto in cui il locante si obbligherebbe per tutta la vita; or se è ben chiaro che obbligarsi per un tempo stabilito di cento o centocinquanta anni, importerebbe obbligarsi in modo indiretto per tutta la vita, gli è del pari evidente che il medesimo si avvera quando si contrae una obbligazione per una intrapresa indeterminata che duri il medesimo tempo. Giova ripeterla, fa meraviglia che Troplong sia più dubbio nel secondo caso che nel primo (2).

Adunque, come abbiam detto, la convenzione contratta per tutta la vita del locante è vietata come illecita, e contraria ai buoni costumi; sicchè essa non solo può annullarsi ad istanza del locante, cioè il domestico o dell'operaio, tanto che il padrone sarebbe obbligato ad eseguirla; ma è assolutamente nulla, di modo che il padrone o l' altra parte possono in qualunque tempo farla dichiarare inesistente per legge. Troplong insegna il contrario (III-856), allegando che il divieto è stato in favore del locante, nello interesse della sua libertà, e che quindi basta per garantirnelo la facoltà di far dichiarar nullo il contratto. Ma egli ha torto, poichè dimentica che il contratto non è solo capace di essere annullato, ma radicalmente ed inesistente, di guisa che non obbliga alcuno dei contraenti; dimentica che la proibizione non è stabilita solo nell' interesse privato del locante, ma per un motivo di ordine pubblico e per garantire la dignità umana in generale, non la dignità personale del tale o tal' altro. L'ipotesi preveduta da Troplong di un padrone tanto iniquo, che darebbe licenza e lascerebbe senza mezzi di sussistenza il vecchio servitore che ha consumato la vita ai suoi servigi, e forse per un tenue salario, sulla promessa di conservarlo fino a morte, promessa che il padrone, dicesi, potrebbe violare impunemente non essendo tenuto a danni-interessi per la nullità del contratto, non ci sembra poi tanto imbarazzante. Certamente il padrone non potrebbe esser condannato a danni interessi per inadempimento di una obbligazione, poichè il co-

(1) La regola si applica ai domestici e alle genti di servizio, ma non ai medici. Cass., 31 ap. 1839 (Dev., 39, 1, 339).

(2) Duranton (XVII-226); Duvergier (II-28[illegible]); Zachariae (III, p. 35).

atto non ne fa nascere; ma potrebbe bensì ser tenuto per il fatto materiale del danno gionato al domestico per colpa sua. In esto caso avverrebbe quel che succede lla vendita della cosa altrui, la quale dà ogo a ripetere danni-interessi, sebbene n abbia esistenza legale. Con buona raone adunque la dottrina di Troplong, che ce esser questo un contratto che può anllarsi in pro del locatore di servigi, ma l tutto obbligatorio contro il padrone, è gettata dagli scrittori e dalle decisioni (1).

Secondo questa regola, la convenzioe con cui il locante si obbliga non per tta la sua vita ma per tutta la vita del adrone, sarebbe nulla o valida, atteso età del padrone. Se questi sia più gioane di colui che si obbliga, o di età uuale, la promessa è nulla, poichè in realtà mporta una obbligazione per tutta la via; ma se per l'opposto il padrone sia in tà avanzata, la convenzione non sarà più lecita (2).

Non v'ha dubbio inoltre che, non ostante nullità del contratto, il padrone dovrebbe agare il domestico o l'operaio per tutto tempo in cui avessero lavorato. Egli in al caso non sarebbe tenuto per effetto del ontratto, che legalmente non esiste, e prezzo quindi non sarebbe necessariaente quello della convenzione; ma sarebbe bbligato per il fatto medesimo dei lavori ompiti, il cui valore in caso di lite, saebbe stabilito dal tribunale.

Infine facciamo osservare che la facoltà di obbligarsi *in perpetuum* è vietata al locatore di servigi, ma non al padrone, il quale può obbligarsi a mantenere la tal persona al suo servizio per tutta la sua vita. Il divieto dettato per il primo non si estende al secondo; e per altro non era necessario, poichè la dipendenza che esiste per l'uno (la quale durando in perpetuo formava una specie di schiavitù), non esiste per l'altra (3).

III. — Il Codice non dice come abbia termine la locazione di servigi. La quistione dovrà risolversi nei vari casi secondo i principii generali e le consuetudini dei luoghi.

Se le parti abbiano contratto la locazione per un tempo determinato, essa termina di pieno dritto scorso quel termine, salvo la tacita riconduzione, se il domestico o l'operaio continui i suoi servigi col consenso del padrone. Se le parti non abbiano stabilito la durata della locazione, essa in generale sarà indefinita, e si dovrà quindi dare il congedo da una delle parti all'altra, nel termine stabilito dall'uso dei luoghi. Ma alle volte avviene altrimenti, potendo la locazione esser consentita per un termine tacitamente stabilito fin dal principio, avuto riguardo alla medesima natura del lavoro o all'uso dei luoghi. Infatti, l'operaio adibito per una intrapresa determinata sarà nè più nè meno obbligato quanto dura l'intrapresa; parimente, i domestici e

(1) Oltre gli scrittori citati nella precedente nota, *vedi* Taulier (VI, p. 299), — Parigi, 20 giugno 1826; Bordeaux, 23 genn. 1827.

(2) Una decisione di Douai del 2 febb. 1850, giudicava in questo modo per un contratto con cui la signora Poulet erasi obbligata col signor Macquet « di abitare insieme con lui, di fare tutti i servigi domestici, di governare la sua casa, e di prestargli tutte le cure che gli abbisognassero, nello stato di salute, o di malattia, e ciò per tutta la sua vita ». È ben naturale che il sig. Macquet era un vecchio molto più avanzato in età che la signora Poulet, e la decisione quindi ha giudicato con buon dritto che la loro convenzione non è di quelle vietate dal nostro art. 1780 (1626). Però la Corte soggiunge che la obbligazione d'altronde non è di quelle prevedute dal nostro articolo. Ma ciò è torto; infatti è manifesto che la obbligazione di abitare insieme con una persona per assisterla, è fare tutti i lavori di sua casa, è una locazione di servigi. Questa considerazione adunque è falsa ed inutile (Dev., 51, 2, 182).

(3) Duvergier (II-286); Troplong (III-857); Taulier (VI, p. 300). Quest'ultimo scrittore adopera tali parole, che sarebbero strane dette da un qualunque giureconsulto, ma che sono anche più strane in bocca di un professore. Secondo lui, quando la obbligazione perpetua non sia reciproca, *non vi è contratto*, bensì, se si obblighi il padrone una semplice promessa che costituisce una obbligazione di fare, la quale si scioglierebbe in danni-interessi in caso di inadempimento. Ma come non c'è contratto, se si suppone il padrone obbligato e quindi accettata la sua promessa? Si sarebbe detto meglio che quello è un contratto unilaterale. — *Vedi* intanto, Parigi, 20 giugno 1826 (Dev., 27, 2, 53).

gli operai di un podere saranno obbligati o per l'intera annata o per il tempo dei lavori, secondo i casi.

La locazione di servigî termina sempre colla morte del domestico o dell'operajo. Il padrone non potrebbe esser forzato a prendersi i loro eredi ai proprî servigî, come nè questi possono essere costretti dal padrone a continuare i lavori del loro autore, poichè il contratto si è stabilito da una parte e dall'altra per la persona dell'operajo o del domestico. L'effetto della morte del padrone non potrebbe indicarsi in tesi assoluta; dovendo vedere, secondo le circostanze di ciascuna specie, se la locazione siasi fatta avuto riguardo alla persona del padrone, e se quindi alla sua morte debba sciogliersi il contratto.

La locazione di servigî, come qualunque altro contratto sinallagmatico, può sciogliersi da una delle parti, quando l'altra non adempia le sue obbligazioni. Pertanto, se il padrone maltratta il domestico o l'operaio o non gli dia conveniente nutrimento; o se d'altro canto il lavoro o la condotta di costui non siano affatto soddisfacenti, se infine una delle due parti manchi gravemente alle obbligazioni risultanti dal contratto, l'altra parte può annullare il contratto, ed ottenere anche, secondo i casi, danni-interessi. Se per avvenimenti di forza maggiore una parte non potrebbe adempire la sua obbligazione, se, per esempio, il domestico divenisse inabile al lavoro per causa di infermità, non si dovranno certo in tal caso danni-interessi; ma l'altra parte resterà sempre obbligata. Troplong, secondo alcune antiche decisioni del parlamento, par che ammetta che il padrone sia obbligato mantenere e pagare il suo domestico infermo ed incapace di servirlo; ma questo è un errore. Certamente incombe, come dovere morale, di non abbandonare, quando si può soccorrere, un povero domestico infermo; però, oltre che il padrone potrebbe non aver mezzi onde pagare per uno, due o più mesi due domestici, anzichè uno, sarebbe quello, del resto, un dovere di coscienza, non già una obbligazione legale, come insegnano giustamente Pothier (n. 168) e Merlin (*Rep.*, alla parola *Domest.*, n. 2).

IV. — In caso di lite tra il padrone e l'operaio, o il domestico, sia per la quantità delle mercedi, o salarî stabiliti, sia pel pagamento del salario di un annata scorsa, sia per le somministrazioni fatte in conto dell'annata corrente, la legge non si attiene più al dritto comune, ma detta una disposizione, che ben difficilmente potrebbe giustificarsi, e che senza meno vedremo l'un dì o l'altro cancellata dal Codice. Infatti, secondo i principî, l'operaio o il domestico, non avendo scrittura, potrebbe pruovare con testimonî la sua pretensione, se si contendesse per una somma minore di 150 fr.; ma la legge gli vieta qui la pruova testimoniale lasciandolo a discrezione del padrone alle cui asserzioni dovrà sempre prestarsi fede.

Si è detto, che essendo il padrone in miglior fortuna, e d'ordinario più educato del domestico o dell'operaio, sarebbe per questo meno inclinato a tradire il vero per poco interesse. Questa idea potrebbe esser giusta, se si riponesse tanta fiducia nel padrone solo nello assoluto dubbio, o quando non vi siano testimonî, o non meritino la fede del giudice; ma noi non sappiamo comprendere che si possa vietare al giudice di ricevere qualche testimone, fosse pure d'integerrima fama, ed obbligarlo a riferirsene sempre e necessariamente al padrone, forse anche contro la sua coscienza. Ma la legge è formale: ***dura lex, sed lex.*** Questa eccezione così rigorosa devesi però restringere ai soli casi indicati dal testo. Se dunque sia controversa la esistenza del contratto, la sua durata, le sue condizioni speciali, o se il domestico affermasse di aver portato della roba, e il negasse il padrone, ec., si dovrà in questi casi applicare il dritto comune. Troplong (III-888) segue una contraria sentenza intorno agli oggetti portati dal domestico; ma noi siam certi che, non essendo quistione sulla somma nè sul pagamento delle mercedi, il caso non è preveduto dal nostro articolo e quindi non può applicarsi la regola. Non si potrebbe nem-

ieno applicare tra l'operaio o il domestico l'erede del padrone, poichè lo erede non iò giurare invece del suo autore per un .tto personale a quest'ultimo. Non sarebbe ›sì se l'erede avesse coabitato col suo aure, poichè allora, secondo le circostan:, potrebbe riguardarsi come uno dei pa'oni.

Gli scrittori tutti, eccettone Taulier (VI, . 302), sono concordi nel riconoscere ıe l' art. 1781 (1627) parla della fede ata con giuramento, e noi ci accostiamo l loro avviso: la disposizione della legge è ssai rigorosa contro l'operaio o il domestico; per cui si deve ritenere per fermo che la legge intende garantirli col giuramento (1). Per altro che si pretenderebbe colla contraria dottrina, mentre il giuramento potrà sempre essergli deferito dal suo avversario?

I giudici di pace, secondo la legge del 25 maggio 1838 (art. 5-3°), sono competenti a decidere qualunque lite tra padroni e domestici o persone di servizio, fino alla somma di 100 fr. inappellabilmente; se la somma sia maggiore, la sua sentenza sarà soggetta all'appello.

SEZIONE II.

DEI VETTURALI PER TERRA E PER ACQUA.

1782 (1628). — I vetturali per terra e ıer acqua sono sottoposti, quanto alla custodia e conservazione delle cose loro af:date, agli stessi obblighi degli albergatori e' quali si parla nel titolo *del deposito e !el sequestro*.

1783 (1629). — Sono tenuti non solo ıer ciò che si hanno già ricevuto nei loro ıastimenti, o vetture, ma eziandio per ciò :he loro è stato consegnato nel porto, o ıel luogo di ricapito, per essere riposto ıel loro bastimento o vettura.

1784 (1630). — Sono tenuti per la perlita e per le avarie delle cose che sono ıtate loro affidate, quando non provino che siensi perdute, o abbiano sofferto avaria per un caso fortuito, o per forza irresistibile.

1785 (1631). — Gli intraprenditori di pubblici trasporti per terra e per acqua, e quelli delle vetture pubbliche, debbono tenere un registro del denaro, delle robe e degli involti di cui s'incaricano.

1786 (1632). — Gl'intraprenditori e direttori de' trasporti e delle vetture pubbliche, i padroni di barche e navigli, sono in oltre soggetti a regolamenti particolari che fanno legge fra essi e gli altri cittadini.

SOMMARIO.

. Locazione di trasporti. Spesso si forma tacitamente. Come si prova.
I. Responsabilità del vetturale. In generale egli deve rindennizzare tutto il danno; non così pel danaro e le minuterie, se non siasi dichiarata specialmente la loro natura: risposta a Troplong.
III. Esecuzione della convenzione. Come si estingue l'azione di reclamo: distinzione tra i commercianti e i non commercianti. Regolamenti particolari ai vetturali pubblici.

I. — Il Codice chiama *vetturali* tutti oloro che si incaricano di trasportare da un luogo ad un altro persone o cose, per un prezzo. Tali sono, 1° i vetturali pro-

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Affirmation*); Touler (X-453); Duranton (XVII-236); Rauter (*Proc. civ.*, § 134); Duvergier (II-35); Zachariae (III, pagina 37); Troplong (III-883).

priamente detti, che abitualmente trasportano persone o cose, come i direttori di strade ferrate, i messaggieri, i carrettieri, i barcaiuoli, i locatori di vetture, ec.; 2° gl'individui che si incaricano accidentalmente di un trasporto, per un dato prezzo; 3° gli incaricati di trasporti sono compresi tutti nella parola generale della legge.

Il contratto di locazione di trasporti è conchiuso tacitamente, e le cose che si trasportano sono sotto la responsabilità del vetturale, appena consegnate a lui o al suo commesso, nella vettura o nel bastimento, nel magazzino o all'ufficio, nel porto o in qualunque altro luogo ove soglionsi depositare. I domestici, i garzoni di stalla, e gli altri impiegati, che non partecipano ai dritti di commissione delle mercanzie non possono riguardarsi come commessi capaci a ricevere le cose da trasportarsi. — Lo stesso dicasi, nei luoghi ove l'intrapresa abbia un ufficio e un commesso, del conduttore della vettura; ma nei luoghi ove non esiste l'ufficio, il conduttore deve riguardarsi necessariamente come commesso, poichè non v'ha altri a cui potersi rivolgere.

Per provare il contratto, si deve aver riguardo alle persone con cui si forma. Se con un vetturale di professione o con un incaricato di trasporti, si può far contro di lui, che è un commerciante, la pruova per testimonî, per qualunque siasi somma (art. 109 e 632) (108 e 557) Codice di comm.). In caso contrario, l'atto non sarà commerciale, e quindi potrà provarsi con testimonî fino alla somma di 150 fr., o con un principio di pruova per iscritto, non essendovi su tal proposito alcuna disposizione che deroghi ai principî generali del dritto civile. Sarebbe falso dire che, siccome l'art. 1782 (1628) assimila il vetturale all'albergatore, il quale nell'articolo 1952 (1824) è assimilato al depositario necessario, debba di conseguenza la pruova testimoniale, ammessa contro quest'ultimo dall'art. 1950 (1822) per qualunque siasi somma, ammettersi anche contro il primo. L'art. 1782 (1628) non pareggia assolutamente il vetturale all'albergatore, massime in quanto al mezzo di provare il contratto contro di lui, ma sì per la custodia e conservazione della cosa. Infatti, se è naturale pretendere dal vetturale le medesime cure che dall'albergatore o dal depositario necessario, non ci era alcuna buona ragione per ammettere contro di lui il medesimo mezzo di pruova; è semplicissimo domandare ad un intraprenditore di trasporti o a qualunque altro vetturale una ricevuta delle cose che gli si confidano.

Gl' intraprenditori di pubblici trasporti debbono, come commercianti, tenere dei registri, e specialmente un registro per iscrivervi il danaro e gli altri oggetti che si incaricano trasportare. — Questa iscrizione prova contro di loro in vantaggio del viaggiante o immissore; ma noi non ammettiamo, come Troplong (III 855 e 956), che la possibilità di questo nuovo mezzo di pruova sia un ostacolo per ammettere la pruova testimoniale nel caso in cui non si sia fatto nè l'annotamento nè data ricevuta.

Il vetturale in questo caso è un commerciante; per cui la pruova testimoniale può ammettersi contro lui (anche per una somma maggiore di 150 fr.); e se egli non abbia adempito l' obbligazione particolare dell'annotazione, il che per altro forma una contravvenzione, dovrebbe sempre esser soggetto ai principî generali. — Non così quando il viaggiatore o l'immittente avesse nascosto qualche cosa nella vettura ad insaputa dell'intraprenditore, per non pagarne il trasporto; però, tranne questo caso, se il vetturale non abbia fatto l'annotazione, egli non potrebbe trar prò della sua colpa, e si dovrà quindi ammettere contro di lui la pruova testimoniale. Inoltre la pruova non si ammette solo quando non si sia fatta l'annotazione, ma anche contro quel che sorge dell'annotazione, essendo essa un titolo fatto dal vetturale per conto suo proprio, senza alcuna sorveglianza dell'altra parte. L'articolo infatti era inteso in questo senso nella discussione del Consiglio di Stato (1).

(1) Fenet (XIV, p. 260); Maleville (articolo 1786 (1631)); Zachariae (III, p. 42); Taulier (VI, p. ...

II. — Il vetturale deve rispondere della perdita e delle avarie della cosa affidatagli, purchè non pruovi che il danno risulti da caso fortuito, da forza irresistibile o da vizio della cosa, o dalla mancanza di imballamento, o da altro.

Sarebbe prudente che il vetturale faccia subito comprovare, nel medesimo luogo e con regolare processo verbale, gli accidenti che lo incolgono nel viaggio, che per altro potrebbe provar sempre con testimonî, trattandosi di semplici fatti e non di convenzioni. Nondimeno, secondo il dritto comune, egli dovrebbe anche rispondere del danno cagionato da caso fortuito o forza maggiore, se prima egli abbia commesso qualche colpa, senza la quale il danno non sarebbe accaduto. Ed essendo la sua responsabilità pari a quella dello albergatore (art. 1782 (1628)), egli dovrà anche rispondere di tutti i furti che non siano stati commessi con forza armata o altra forza irresistibile (art. 1953-1954 (1825-1826)).

Gli scrittori d'accordo colla giurisprudenza, han consacrato, ed a buon dritto, che perdendosi un oggetto, la responsabilità del vetturale si estende al valore totale della cosa perduta, tranne pel danaro e le gioie. Invano i messaggieri vorrebbero mettere innanzi la legge dei 23-24 luglio 1793, che stabiliva, nell'art. 62, a 150 fr. il massimo della indennità; poichè questa legge, dettata pei messaggieri incaricati dal Governo ed aboliti dalla legge del 9 vendemmiaio anno VI, non potrebbe affatto applicarsi alle particolari intraprese. Invano anche vorrebbero allegare la dichiarazione inserita da loro nei bullettini che consegnano ai viaggiatori, in cui è detto di non esser tenuti per più di 150 fr.; poichè il viandante, oltrechè non legge quasi mai quel bullettino, ricevendolo non intende acconsentire alle pretensioni del vetturale, e quindi non si può formare la convenzione necessaria per derogarè ai principî (1).

Ma sarà il medesimo del danaro e delle gioje; o bisogna forse, onde una intrapresa risponda del valóre integrale, che si sia fatta una dichiarazione speciale della natura degli oggetti, per far conoscere al vetturale la necessità di maggiore precauzione, e sorveglianza? Troplong, adottando la soluzione di alcune antichissime decisioni, specialmente di una decisione dei ricorsi del 16 aprile 1828, segue la prima dottrina; egli crede risibile e da non ammettersi l'idea di dover distinguere tra le varie cose che si trasportano, e di usare maggiori sollecitudini per una cosa che per un'altra; e movendo dall'idea che il vetturale deve indistintamente curare, per quanto sta in lui, la conservazione di tutte le cose affidategli, dice che sia risponsabile in tutti i casi, non ostante che nulla siasi detto dal viaggiatore, di tutto il danno cagionato dalla perdita o avaria della cosa (III-950). Ma questa dottrina sembra a noi falsa. Infatti, checchè ne dica Troplong, una cassa piena d'oro e di diamanti, una scatola di gioie non si devono nè si possono guardare come una balla di cotone, o una valigia di tela o di abiti. I vostri oggetti preziosi, involti a parte e raccomandati al vetturale, saranno riposti da costui in un angolo della sua vettura, ove non si potrebbero mettere i grandi colli, evitando in tal modo che fossero rubati nella via, che cadessero, o soffrissero avaria o danno; questa distinzione è ragionevolissima, e si fa d'ordinario da tutte le persone prudenti. I vetturali sogliono naturalmente ricevere un prezzo di trasporto più elevato per gli oggetti preziosi che eglino conservano con maggior cautela; or come mai colui il quale, affin di non ispendere pochi centesimi di più per il trasporto, non ha manifestato la natura degli oggetti, lasciandoli porre insieme coi grandi colli di

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Messaggieri*, § 2); Toullier (X-447); Duvergier (II-322); Troplong (III-925); Zachariae (III, p. 43); Curasson (II, p. 303); Taulier (VI, p. 369); Parigi, 7 luglio 1832; Rig., 18 giugno 1833; Grenoble, 19 agosto 1833; Parigi, 15 luglio 1834; Alger, 16 dicembre 1846; Parigi, 14 agosto 1847; Douai, 17 novembre 1847; Tr. Tours, 23 novembre 1847 (Dev., 32, 2, 469; 33, 1, 705; 34, 2, 622 e 682; 47, 2, 89, 207 e 510; 48, 2, 15).

mercanzie ch'è *impossibile* sorvegliare con somma cura, potrebbe pretendere che il vetturale gli paghi il danno ch'egli stesso ha procacciato per la sua avarizia o negligenza? Pertanto noi diciamo senza esitanza che in tal caso il vetturale sarà tenuto pel valore integrale, quando le cose gli siano state specialmente affidate; e difatti tutti gli scrittori, e le più recenti decisioni giudicano in tal modo (1).

Se si muova lite sul valore delle cose perdute o avariate, e se non vi siano indizî capaci a farlo conoscere, l'art. 1369 (1323), come è risaputo, permette che il giudice deferisca su tal proposito il giuramento allo attore, determinando egli stesso il massimo della somma fino a cui l'attore sarà creduto.—Notiamo infine, che, secondo gli art. 1782, 1952 e 2060-4° (1628, 1825, 1934 M) combinati insieme, il vetturale è soggetto all'arresto personale pei danni-interessi a cui sarebbe tenuto per causa di perdita o avaria degli oggetti.

III. — Il trasporto deve eseguirsi nel termine stabilito sotto pena dei danni-interessi, eccetto se il vetturale provi che il ritardo sia cagionato da uno avvenimento fortuito, o da forza maggiore o da colpa del viaggiatore o immissore. Viceversa, i viaggiatori o immissori debbono, i primi farsi trovare nel luogo della partenza all'ora stabilita, gli uni e gli altri consegnare in modo atto al trasporto le cose di cui vogliono incaricare il vetturale. Debbono inoltre pagare a costui il prezzo stabilito, e le spese che ha dovuto fare per causa degli oggetti affidatigli.

Secondo gli art. 105 e 108 (106 e 109) del Codice di commercio, l'azione risultante dalle perdite o avarie si estingue, pe' destinatarî commercianti, 1° colla consegna degli oggetti accompagnata o seguita dal pagamento del prezzo; 2° dopo scorsi sei mesi per le spedizioni fatte nell'interno, e dopo un anno per quelle fatte all'estero. — Nel primo caso è necessaria la doppia esistenza della consegna delle mer-canzie e del pagamento del prezzo, sen[za] proteste o riserve; poichè se da un ca[nto] il destinatario abbia ricevuto le cose sen[za] pagarne il prezzo, ciò indicherebbe abba-stanza che egli non intenda rinunzi[are] ta-citamente alla sua azione, e così [è] stato deciso dalla giurisprudenza (2)... se egli abbia ricevuto e pagato, riser-[van]dosi formalmente il dritto di poter ag[ire] non si direbbe nemmeno che egli ab[bia] rinunziato al suo dritto, se prima non scor[ra] il termine della prescrizione (3). — In-tre, come abbiam detto, queste due dispo-sizioni si applicano ai soli commercianti, perchè contengono regole di eccezione. In-fatti è ben rigoroso che un'azione, che per principio dovrebbe durare trent'anni, si estingua dopo due mesi; che si dichia[ri] non aver più dritto a reclamare colui [il] quale per soverchia confidenza ha ricevu[to] gli oggetti e pagatone l'importo, forse pr[ima] di averne potuto verificare la p[erdita] o l'avaria. Or queste disposizioni, che [sono] dettate dal Codice di commercio per le mer-canzie, non debbonsi estendere ai non com-mercianti, checchè ne dica Duvergier (... 332); e bisogna ritenere che l'azione [di] costoro si prescriva dopo i trent'anni (4).

Sebbene i regolamenti particolari a cui sono soggetti gl'intraprenditori e dirett[ori] di trasporti pubblici siano stabiliti princi-palmente per la pubblica sicurezza, es[si] nondimeno sono obbligatorî, come è det[to] nell'art. 1786 (1632), tra i vetturali e [i] viaggiatori o immissori, i quali debbono conformarvisi, e possono pretendere che siano osservati nel loro interesse. Su tal riguardo possonsi riscontrare le leggi, de-creti ed ordinanze del 14 fruttid. anno XII. 28 agosto 1808, 13 agosto 1810, 25 mar-zo 1817 (art. 115), 4 febbr. 1820, ... settembre 1827, 16 luglio 1828, 28 gi-gno 1829.

(1) Toullier (IX-235); Duvergier (II-329); Zachariae (III, p. 43); Taulier (VI, p. 310). — Douai, 17 nov. 1847; Tr. Tours, 23 nov. 1847 (Dev., 47, 2, 207; 48, 2, 15).

(2-3) Bordeaux, 5 luglio 1839; Rig., 2 ag. 1842; Bordeaux, 26 aprile 1849; Rig., 24 luglio ... (Dev., 39, 2, 322; 42, 1, 723; 50, 1, 783 ... 407).

(4) Zachariae (III, p. 44); Troplong (III. ...); Taulier (VI, p. 310); Rig., 4 luglio 1816).

SEZIONE III.

DEGLI APPALTI E DEI COTTIMI

1787 (1633). — Quando si commette ad ;uno di fare un lavoro, si può pattuire c somministri pure la materia.*

1788 (1634). — Nel caso che l'artefice ›mministri la materia, se la cosa venga perire in qualsivoglia modo prima di es- ;re consegnata, la perdita resta a danno ell'artefice; purchè il padrone non fosse ı mora nel riceverla.

1789 (1635). — Nel caso che l'artefice npieghi solamente il suo lavoro, o l'indu- tria, se la cosa venga a perire, l'artefice : tenuto soltanto per la sua colpa.

1790 (1636). — Nel caso dell' articolo precedente, se la cosa perisca, quantunque senza colpa per parte dello artefice, prima che l'opera sia stata consegnata, e senza che il padrone sia in mora nel verificarla, l' artefice non ha più dritto di pretendere la mercede; purchè la cosa non sia perita per difetto della materia.

1791 (1637). — Quando si tratti di un lavoro che sia di più pezzi, o a misura, la verificazione può farsi in parti diverse; e si presume fatta per tutte le parti pagate, se il padrone paghi l'artefice in proporzione del lavoro fatto.

SOMMARIO

'. Dei cottimi a prezzo fatto. Essi si trasformano in vendita, se la materia è somministrata dall'operaio. Errore di Duranton e Duvergier.

II. Da chi dovrà soffrirsi la perdita della materia o del lavoro nei vari casi.

I. — Dopo aver parlato della locazione li servigi e della locazione di trasporti, la egge tratta qui della locazione per appalto) cottimo, o a meglio dire più semplicemente, *della locazione ad appalto*, poichè l'appalto forma la convenzione; e lo stato delle opere e della spesa che del resto non si fa sempre, ne è il preliminare. Infatti esso altro non è che la indicazione dei lavori che debbonsi fare, la loro estensione, le dimensioni e proporzioni, i materiali che debbonsi impiegare, il prezzo di essi materiali e del lavoro abbisognevole; e per altro, facciasi o pur no, il contratto di locazione nasce dalla convenzione, dalla conchiusione del negozio. Ma la legge non usa qui la parola cottimo (*marché*) nel suo significato ordinario. In pratica questa parola si applica a qualunque locazione, non che alla vendita e alla permuta; e fare un *marché* altro non importa che conchiudere una convenzione qualunque. Qui al contrario la parola indica la locazione di lavori conchiusa *a prezzo stabilito, ad appalto*, ed appunto in ciò si distingue dalla locazione di servigi nella quale l'operajo si loca a tanto il giorno, il mese o l'anno. In quest'ultimo caso l'operajo, al

* Decreto 27 giugno 1830 — 1° Da ora innanzi ne' diversi contratti che verranno stipulati per appalto di oggetti di fornitura, qualunque essi siano dovrà per fatto espresso convenirsi che per ogni mancanza degli appaltatori, l' amministrazione o dipendenza, il di cui interesse l'appalto riguarda, possa procedere economicamente, senza alcuna formalità giudiziaria, allo appalto o allo acquisto in economia degli oggetti non forniti, come meglio le riesca; il tutto a carico dello inadempiente, e ciò dietro una semplice protesta a nome del capo della dipendenza, intimata soltanto al domicilio del fornitore costituito nel contratto per organo di un pubblico notaio. — 2. Per maggior accerto di tale misura, resta definitivamente stabilito che il patto suddetto ne' suespressi precisi termini intender si debba di dritto compreso in ogni contrattazione di simil natura, ed aver debba la sua piena esecuzione ed osservanza anche quando non sia espresso nella scrittura del contratto.

pari che un domestico, deve esser pagato per il tempo che ha lavorato; al contrario nel caso nostro, essendosi convenuto il prezzo per l'opera finita, senza aver riguardo al tempo e all'opera somministrata, si dovrà quindi pagare dopochè l'opera è stata compita e consegnata al padrone. Secondo l'art. 1787 (1633), quando si commette ad alcuno di fare un' opera, si può domandargli soltanto il suo lavoro e prestargli la materia per lavorare, o anche convenirsi ch'egli somministrerà il lavoro e la materia. Però nel primo caso il contratto è una locazione, nel secondo diventa una vendita.

Infatti non v'ha alcuna differenza tra la compra di un oggetto bello e compito, e la convenzione di prenderlo dal fabbricante quando lo avrà fatto: soltanto nell'un caso la vendita è pura e semplice, nell'altro è condizionata, perchè riguarda un oggetto futuro. Così decidevano in Roma Cajo e Giustiniano (1); ed è anche questo il pensiero del Codice; poichè dichiara, nell'articolo 1711 (1557), che la convenzione per l'impresa d'un' opera a prezzo determinato è una locazione, *quando la materia è somministrata da colui pel quale si fa l'opera.* Duranton (XVII-250) e Duvergier (II-335) pretendono che il nostro art. 1787 (1633) abbia modificato su questo punto l'articolo 1711 (1557), e che i compilatori aveano in quello dimenticato e contraddetto il principio stabilito in quest' ultimo. Ma questa falsa idea, che è distrutta dal solo testo del Codice, è condannata perentoriamente dai lavori preparatori. E in prima l'art. 1787 (1633) non contraddice affatto l'art. 1711 (1557): esso dice che, nel commettere un' opera, può somministrarsi o pur no la materia; sul che non ci ha alcun dubbio; ma non dice affatto che il contratto sarebbe una locazione tanto nell'un caso che nell'altro. Si risponderebbe che *par* che lo dica, poichè avuto riguardo alla disposizione presa insieme e alla rubrica in cui è posta, *sembra* riguardare il caso in cui l'operajo somministri la materia come un semplice accidente della locazione. Ma noi replicheremmo che non basta una semplice apparenza o possibilità per distruggere la dichiarazione formale di una contraria disposizione, e che le antinomie devono ammettersi quando non si può fare altrimenti. Ma del resto i lavori preparatori non lasciano a dubitare su tal punto. L'art. 1787 (1633), posto e compilato come si trova, conteneva prima in seguito del primo paragrafo, quest'altra dichiarazione precisissima: « Nel primo caso essa è *una pura locazione*; nel secondo una *vendita* d'una cosa, appena fatta; » la qual parte dello articolo fu tolta sulla domanda del Tribunato, « perchè puramente dottrinale, e perchè non ha affatto il carattere d'una disposizione legislativa ». E questa dichiarazione così perentoria è stata tolta non già come inesatta, ma come inutile nel Codice che deve procedere sempre in forma dispositiva (2).

Nondimeno, perchè vi fosse locazione non è necessario che colui il quale commetta un lavoro somministri tutta la materia, bastando che ne appresti la parte precipua. Così, quando io dò al mio sarto il drappo con cui dovrà farmi un abito, io fo una locazione, quantunque l'operaio vi metta la fodera, i bottoni e gli altri guarnimenti, poichè questi sono semplici accessori; e vi sarà anche locazione quando un architetto o intraprenditore, coi materiali da lui somministrati anche in intero, mi costruisce una casa sul mio terreno, poichè essendo l' edificio accessorio del solo, *aedificium solo cedit*, la materia principale è stata anche da me somministrata (3).

II. — Se la cosa di cui l'operaio somministra la materia, pera per qualunque siasi causa, prima di essere stata consegnata al padrone, la perdita andrà a carico dell'operaio, poichè non si è compita la condizione con cui era stata compe-

(1) Caii Instit. III, 147; Just. Instit. *de loc. cond.*, § 4.

(2) Fenet (XIV, p. 233, 289); Demante (*Pr.*, III-484); Troplong (III-962 a 966).

(3) Dig., *loc. cond.*, 22, § 2; Pothier (n. 3); Troplong (III-964).

e perchè quindi la cosa è rimasta in proprietà dell'operaio. Il Codice dice: prima che sia stata *consegnata*; poichè, parlando *de eo quod plerumque fit*, ritiene che l'opera consegnata dall'operaio e verificata dal padrone sia a costui piaciuta, e se la cosa si fosse terminata prima della consegna, essa diverrebbe subito proprietà del padrone e perirebbe quindi per conto suo, sebbene non fosse ancora consegnata. Sarebbe il medesimo, anche prima che il padrone l'abbia ricevuto, se quando periva la cosa, egli fosse in mora di verificarla e riceversela. In questo caso si reputa che la cosa sia stata offerta in buono stato, e che sia quindi perita per conto del padrone, se questi non provi che era in istato da non potersi ricevere.

Al contrario quando l'operaio vi metta il solo lavoro, se la cosa perisce senza sua colpa prima che l'opera sia ricevuta dal padrone, questi perderà la materia che ha apprestato, e l'operaio il suo lavoro, il quale si sarebbe dovuto pagare dopo la recezione. Nondimeno se il padrone fosse stato in mora di riceverla, egli dovrebbe il prezzo, tranne che non provasse che il lavoro era cattivo (1). Parimente dovrebbe pagare il prezzo, se la perdita fosse cagionata da vizio della materia apprestata; tranne che il vizio non fosse di quelli che si dovrebbero conoscere dall'operaio secondo le regole dell'arte, nel qual caso questi sarebbe in colpa e dovrebbe quindi, anzichè domandare la sua mercede, pagare il prezzo della materia.

Infine, se la materia fosse somministrata in parte dall'operaio, è chiaro, secondo i principî sopra esposti, tacendo di questo caso la legge, che il padrone perderà la sua parte di materia e l'operaio l'altra parte insieme col suo lavoro, ove non vi sia colpa nè dall'una parte nè dall'altra. Ma se la perdita avvenisse per vizio di una delle materie, quegli la cui materia sia viziosa dovrà ristorar l'altro, tranne che il vizio della materia del padrone fosse di quelli che l'operaio avrebbe dovuto riconoscere.

Inoltre, se l'opera si facesse a pezzi o a misura, il padrone può esser messo in mora di verificarla parte per parte; e si reputerà aver verificato e tacitamente esser soddisfatto delle parti che paga, in proporzione dell'opera fatta. Questa presunzione di verificazione manca quando si sieno pagati degli a buon conti nel corso dell'opera, senza imputarsi specialmente a talune porzioni compite.

1792 (1638). — Se l'edifizio costrutto a prezzo fatto perisca in tutto o in parte per difetto di costruzione, ed anche per vizio del suolo, l'architetto o l'appaltatore ne sono risponsabili durante il corso di dieci anni.

1793 (1639). — Quando un architetto o un intrapreditore si è incaricato per appalto di costruire un edifizio, a tenore di un piano stabilito e concordato col proprietario del suolo, non può domandare verun aumento di prezzo, nè col pretesto che sia aumentato il prezzo della mano d'opera o de' materiali, nè col pretesto che siensi fatte al detto piano variazioni o aggiunte, se tali aggiunte o variazioni non sieno state approvate in iscritto, e non se ne sia convenuto il prezzo col proprietario.

SOMMARIO.

I. Responsabilità degli architetti ed intraprenditori per le opere in grande da loro fatte o dirette. — Essa non vien meno con una clausola espressa: errore di Duranton e Taulier. L'azione dura trent'anni, a contare dalla manifestazione del vizio: errori

(1) E l'operaio non sarebbe a nulla tenuto, nemmeno per cattiva costruzione, se avesse restituito al padrone la materia dopo averla lavorata, e se questi l'avesse ricevuto e pagatane la mano d'opera senza reclamare. Orléans, 27 aprile 1853 (J. P., 1853, t. II, p. 64).— Vedi pure Troplong (III-991); Duvergier (II-347).

di una decisione di Parigi e di Duvergier. — Il vizio si presume dal fatto medesimo della distruzione, se il costruttore non pruovi che sia avvenuta per caso fortuito: risposta a Duvergier e Troplong.

II. Il costruttore di grandi opere ad appalto non può domandar mai supplimento di prezzo, nemmeno per le innovazioni al piano primitivo, se non siano state autorizzate per iscritto, e se non se ne sia stabilito il prezzo.

I. — Questi articoli contengono due disposizioni severe contro i costruttori di edificî. La prima, che ha di mira l'ordine pubblico non che l'interesse privato e che dà compimento all'art. 2270 (2176), riguarda la garanzia dovuta dal costruttore per la sodezza del lavoro; l'altra toglie via le piccole soperchierie di mestiere di che si è aggravato sempre il proprietario che fà costruire.

L'art. 1792 (1638) dichiara responsabili gli architetti e gl' intraprenditori per dieci anni della distruzione totale o parziale dell'edifizio, se ciò avvenga per difetto di costruzione od anche per vizio del suolo. Infatti tocca all'uomo dell'arte l'osservare se un terreno sia o pur no capace a sostenere l'edificio che si vuol fabbricare. Egli dovrà parimente badare se i materiali siano buoni, sicchè il difetto di costruzione comprende non solo la edificazione contraria alle regole, ma ben anco l'uso di materiali viziosi, quand'anche fossero stati somministrati dal proprietario; poichè il costruttore era in obbligo di rifiutarli.

Questa disposizione è riprodotta, in modo più largo o meglio più esplicito, nell'articolo 2270 (2176), il quale dichiara che la responsabilità degli architetti o degl'intraprenditori che abbiano fatto *o diretto delle opere in grande* cessa dopo dieci anni. Adunque, da un canto, non parlasi solo delle costruzioni interamente novelle, dello stabilimento di nuovi edificî, ma bensì delle aggiunzioni fatte ad un antico edificio, di qualunque grande opera di edificazione; d'altro canto, la regola non riguarda soltanto gli edificî delle chiese, delle case o di altre simili costruzioni, ma qualunque opera in grande, un ponte, una diga, od altro; in fine questa regola si applica non solo a quelli che han fatto i lavori, ma anche a coloro che li hanno semplicemente diretto; non a quelli soltanto che abbiano contratto a prezzo fatto, ad appalto, ma a qualunque altro: e ciò è ben chiaro, avuto riguardo alla disposizione dell' art. 2270 (2176) così largamente e comprensivamente dettata. Ciò posto, si vede manifestamente la stranezza della decisione dei 12 nov. 1844, con cui la camera dei rigetti, seguendo sempre la strana propensione di respingere i ricorsi, dichiarò, come avea fatto la Corte di Parigi, contro la sentenza esattissima profferita in prima istanza, non essere a nulla tenuto l'architetto che avea formato i disegni e gli stati, poi sorvegliato e diretto i lavori di costruzione della chiesa di Saint-Germain-en-Laye, adducendo in pretesto che l'articolo 1792 (1638) debba applicarsi a coloro che han costruito a prezzo fatto, e che la chiesa era stata costruita a prezzo fatto dagli intraprenditori, non dall'architetto, che avea soltanto formato i disegni, ordinato, sopravvegliato e diretto i lavori. L'attore in cassazione avea invocato, *come* era naturale, l'art. 1792 (1638) *non che* l'art. 2270 (2176) che ne è compimento. Come dunque la camera dei rigetti si è contentata di rispondere soltanto al primo, senza parlar del secondo? Senza dubbio ciò era più comodo, ma era anche strano, poichè quest'ultimo dichiara responsabili, cumulativamente e nel medesimo tempo, L' ARCHITETTO E *gl' intraprenditori* che han *fatto* O DIRETTO le opere. Per altro cotesta dottrina, che era stata condannata da precedenti decisioni della Corte suprema, lo è stata anche dopo con posteriori decisioni (1).

(1) Rig., 12 nov. 1844 (Dev., 45, 1, 180; Dall., 45, 1, 8). — Rig., 20 nov. 1817; Rig., 10 febbra-

l'architetto e gli intraprenditori sareb- sempre responsabili, se il proprieta- non ostante le loro osservazioni, avesse to i materiali o indicata quella forma è viziosa, sebbene si fosse formalmente ılato che in tal caso eglino non sareb- a nulla tenuti. Una tal clausola sa- e nulla, e gli uomini dell'arte sarebbero ligati come se quella non esistesse.— anton (XVII-255) e Taulier (VI, p. 316-) insegnano il contrario; ma l'errore a loro soluzione deriva dall'aver essi ıardato la nostra regola dettata nell'in- esse privato, mentre lo è, come infatti eva essere, per un fine più alto e nel- teresse della sicurezza pubblica. Un sen- o legislatore non dovea mai permettere i uomini d'arte, per qualunque siasi ra- ne, di costruire scientemente un edifi- che non potrebbe reggersi. Esaminiamo l che fu detto quando discutevasi il no- articolo... La responsabilità degli ar- tetti ed intraprenditori erasi ristretta in modo, secondo l'idea di Duranton e ılier: « tranne che eglino non avessero o al padrone le giuste rimostranze per suaderlo dal fabbricare ». Ma le Corti Nancy e di Lione fecero osservare « che ebbe più giusto stabilire che l'architetto ı possa, sotto alcun pretesto, violare le gole dell'arte sua, trattandosi della soli- à di un edificio; che ciò è richiesto dal- teresse pubblico; che, non badando alla rdita che l'architetto cagionerebbe al pro- etario, basterebbero i tanti esempî di erai rimasti sotto le rovine e di per- e per caso di là passate; ch'è imposto l'umanità e dall'utilità pubblica di can- larsi la fine dell'articolo ». Ed infatti ne tolta; e non ostante il tentativo fatto da mbacérès per farvi aggiungere un'altra strizione, onde dichiarare l'architetto sog- tto ad una pena di polizia, e non già obbligato verso il proprietario, la regola fu lasciata assoluta tale quale era, per la risposta data da Tronchet e Treilhard, che « l'architetto non deve seguire i capricci di un proprietario tanto insensato da compromettere la sua personale sicurezza, ed insieme la sicurezza pubblica, » e che « non conoscendo il proprietario le regole della costruzione, l'architetto non deve allontanarsene per una riprovevole condiscendenza ». Pertanto l'intendimento dello articolo 1792 (1638) è evidente; infatti la dottrina di Duranton e Taulier è stata rigettata, come in opposizione diretta colla legge, dagli altri scrittori e dalle decisioni (1).

Gli è similmente controverso, ma non più dubbio, in quanto tempo prescrivasi l'azione pei danni-interessi, quando è sorta contro gli architetti ed intraprenditori perchè si fossero manifestati dei vizî.

Tre sistemi intorno a ciò; due dei quali non pònno sostenersi; ed è per questo che il terzo è abbracciato dal più degli scrittori. — La Corte di appello di Parigi, confondendo nel più strano modo il termine entro cui l'azione può sorgere, e che dura dieci anni dal dì che si sono consegnati e verificati i lavori, con quello della prescrizione di questa medesima azione, ha deciso che non si era più abilitato ad agire dopo corso il decennio dal dì della verificazione. Ma come mai quella Corte non ha scorto la stranezza di tale idea? Come non ha notato che un dritto od una qualunque azione non possono incominciare a prescriversi se non dopo nate, e che la prescrizione può incominciare non dal dì della verificazione, bensì da quello in cui si è manifestato il vizio, da quando cioè è nata l'azione? Come non vedere che secondo il suo sistema la prescrizione durerebbe, ora nove e più anni, ed ora *pochi giorni*, *poche ore*, *pochi momenti*, dacchè

1835; Rig., 11 marzo 1839; Aix, 18 genn. 1841; ırges, 13 agosto 1842; Rig., 12 febbraro 1850; s., 19 maggio 1851 (Dev., 35, 1, 174; 39, 1, ; 42, 2, 73; 51, 1, 97 e 293; Pal., 41, 2, 65). Pont, nella *Rivista critica*, t. I, p. 197 e seg., ca conciliare la decisione del 1844 colle posteri della Corte di cassazione.

1) Fenet (t. II. p. 268; IV, p. 211 e 616; XIV, p. 233, 264, 265); Zachariae (III, p. 48); Duvergier (II-351); Troplong (III, 996); Rig., 10 febbraro 1835; Aix, 18 gennaro 1741 (Dev., 35, 1, 174, Pal., 41, 2, 65). — Vedi inoltre Cass., 19 maggio 1851; Bastia, 7 marzo 1854 (Dev., 51, 1, 393; 54, 2, 165). — *Vedi* intanto Lione, 16 marzo 1852 (Pal., 53, 2, 448).

il vizio può manifestarsi nell'ultimo istante del decennio posteriore al dì della verificazione? Certo, la prescrizione ha bisogno di un termine, e questo può incominciare quando si manifesta il vizio; il termine deve essere il medesimo, in qualunque tempo del decennio si manifesti il vizio. Ciò è patentissimo; e nessuno scrittore si è accostato all'errore della Corte di Parigi. Duvergier (II 360), ben comprendendo che ci vogliono nel nostro caso due successive prescrizioni, primo quella della garanzia, cioè un termine dal dì della verificazione dei lavori, spirato il quale l'architetto o lo intrapenditore è esonerato della responsabilità, nè può diventare più debitore, checchè ne sia poi dell'opera; secondo quella dell'azione già nata, cioè un novello termine da correre dal dì che scovertosi il vizio è nata l'azione, e alla fine del quale l'architetto cessa di essere debitore, Duvergier ha creduto che le due prescrizioni siano regolate dagli articoli 1792 e 2270 (1638 e 2176).

Secondo lui, l'art. 1792 (1638) si applicherebbe alla prima, e l'art. 2270 (2176) alla seconda, per modo che, siccome il termine di garanzia cessa dopo dieci anni dal dì della verificazione dei lavori, così nato il debito dopo scoverto il vizio entro il termine, cesserebbe del pari dopo dieci anni dalla scoverta del vizio. — Ma il secondo sistema non è meno inesatto del primo come interpretazione del Codice; sarebbe ben razionale e da ammettersi in legislazione, ove si dovesse fare una legge, ma è falso in dritto, prendendo la legge tal quale è.

Infatti l'art. 2270 (2176) è la riproduzione dell'art. 1792 (1638); nel dire che dopo dieci anni gli architetti e gli intraprenditori sono esenti della garanzia dei lavori, siccome bene è stato spiegato da Bigot-Preameneu nella esposizione dei motivi (Fenet, XV, p. 494), intende parlare unicamente del termine di garanzia, e non mai di quello entro cui si deve agire qu[…] è nata l'azione per quella garanzia. [..]ticolo 2270 (2176) siccome l'art. [..] (1638) si occupano soltanto della [..] delle due prescrizioni che qui si suc[…]no; e poichè per l'altra non v'è a[…] speciale disposizione, regge il principi[o ge]nerale dell'art. 2262 (2168), che le [..] durano trent'anni (1).

Un'ultima quistione è, se distrutta [la] cosa o prossima a distrursi, debba il [pro]prietario provare che ciò derivi da u[n vi]zio imputabile al costruttore, ovvero [..]sti, che derivi da ben altra causa. Duver[gier] (II-356) e Troplong (III-1005) (se[..] almeno dalle loro parole, perchè in fond[o] par che ne discordino) stimano che la pr[…] sia a carico del proprietario; ma è un [er]rore. In vero, quando una fabbrica si [di]strugge nei dieci anni, gli è chiaro [..] potere ciò avvenire per vetustà, [..] un vizio della cosa, tranne che ne [..] stato causa qualche avvenimento [..] maggiore, come un incendio, una [..]zione, un terremoto, degli scavi [..] fondamenta, ec. Per una fabbrica [..] non vi può essere che una di quest[e] cause. Or poichè i casi fortuiti non [..]sumono, ed è tanto naturale il chie[dere] la pruova, quanto facile il fornirla, la [pre]sunzione sta contro l'architetto o intrap[ren]ditore che deve dichiararsi responsabile [..] il fatto della distruzione, fino a che [..] pruovi il caso eccezionale, per la qual p[..] soltanto egli può liberarsi.

Ciò è tanto vero, che i nostri dotti a[v]versari lo riconoscono, e rigettando [..] *forma*, la nostra dottrina, *in fondo* [..] l'abbracciano. Infatti Duvergier procla[ma] che « quando una fabbrica si distrug[ge] senza che ne sia stato causa alcun av[ve]nimento di forza maggiore *noto e determi*[*nato*], gli *è chiaro* che ne sia stato ca[..] un vizio di fabbrica, e che l'architetto de[..] dichiarарsi responsale, *per ciò che la* [*na*]*tura stessa delle cose dimostra* che [..]

(1) Duranton (XVII-255); Tremy-Ligneville (pagina 238); Troplong (III-1007-1011; Zachariae (III, pagina 47); Taulier (VI, pagina 317 e 318). — La Corte di Parigi ha persistito nel suo inconcepibile sistema, *vedi* decisione del 17 febbraro [..] P., 1833, t. II, p. 279), ed è stata seguita [..] lon (t. III, p. 255 e 256).

stata negligenza o imperizia per parte di lui (p. 408); » e Troplong, a sua volta, porge le sue idee come conformi a quelle di Duvergier. Ma pure i due scrittori, la cui dottrina sembra alla nostra contraria, concordano in fondo con noi. Imperciocchè se per la natura stessa delle cose è dimostrata la colpa e la responsabilità dell'architetto, ove non provi un avvenimento di forza maggiore noto e determinato, il proprietario non ha a fare alcuna prova; i fatti parlano da se fino a pruova contraria; e poichè il solo avvenimento di forza maggiore può distruggere la pruova nascente dal fatto, l'architetto deve farne la pruova in giudizio. Ora parmi quistione di parole se debba o no chiamarsi presunzione legale la probabilità che deriva così dalle stesse circostanze per il proprietario e contro l'architetto; questi — ed è ciò solo che importa — deve fare la pruova, e dove non la fornisca, sarà condannato.

Regge il dritto comune per le riparazioni ed altri lavori che non sono opere in grande; chi le ha fatto o diretto è disobbligato tostochè abbia consegnato; il proprietario dee curare di verificarle o farle verificare innanzi di farsene la consegna.

II. — L'art. 1793 (1639), a differenza del precedente, è dettato nell'interesse privato di coloro che fanno costruire; ma la sua disposizione non è meno rigorosa. Il legislatore ha voluto prevenire per quanto è in lui, che i proprietarî fossero sopraffatti da spese vanamente ruinose oltre i loro prevedimenti, e spesso dalle soverchierie dei fabbricanti, e ha dichiarato che mai sotto qualsiasi pretesto gli architetti, o intraprenditori che hanno tolto in appalto una fabbrica sopra un disegno già stabilito, non potranno chiedere aumento di prezzo. Se cresce il prezzo dei materiali, o del lavoro, deve sostenerne l'aumento il costruttore, essendosi obbligato di fabbricare per una determinata somma, e con l'evento del guadagno se i materiali e il lavoro fossero ribassati di prezzo. Se egli aggiunge o modifica il disegno stabilito, il dippiù della spesa dovrà farsi da lui, se non ha compiuto la formalità prescritta dal nostro articolo. Siccome appunto modificando il primitivo disegno i fabbricanti trovan modo di fare ingenti spese, contro le quali si vuol proteggere il proprietario, il Codice non permette il reclamo del costruttore se non se quando il proprietario abbia ordinato per *iscrittura* il cambiamento, e quando si sia formalmente stabilito il prezzo. Quindi non essendovi scrittura, il costruttore non può avanzare alcun reclamo, nè può deferire il giuramento o chiedere l'interrogatorio sopra fatti ed articolati, od altro mezzo di pruova. Del resto, volendo la legge che la scrittura servisse a far pruova dell'autorizzazione del mutamento da farsi, e non del prezzo del mutamento, questo prezzo potrebbe essere pruovato con ogni mezzo dall'architetto o intraprenditore.

Il nostro art. 1792 (1638) si applica solamente per le fabbriche tolte in appalto, cioè per un prezzo rigorosamente stabilito prima; nè qui, come per il precedente articolo, noi troviamo, o in altro testo o nello spirito stesso della disposizione, la facoltà di comprendervi i lavori fatti, o per un prezzo da stabilirsi poi, o a tanto per giorno, o per tal compito di lavoro; secondo la ragione e il testo la regola è da applicarsi quando si è stabilito prima il prezzo per l'intero e in massa. Per l'opposto, deve convenirsi, come ha fatto la Corte suprema, che sebbene il testo dell'articolo parli della costruzione di una fabbrica, pure per il suo spirito deve similmente applicarsi a qualunque intrapresa di grandi lavori, come ponti, canali, dighe, ec., ove si sia fatto un appalto. In tutt'i casi, deve sempre temersi il soprappiù inatteso delle spese; in tutti i casi le modificazioni o aggiunzioni al disegno primamente stabilito sarebbero il mezzo con cui trarre il proprietario a spese che ei non voleva, e che forse non può fare; in tutti i casi quindi è indispensabile che il proprietario autorizzi per *iscritto* le modificazioni e ne determini il prezzo (1).

(1) Cass., 28 genn. 1846 (Dev., 46, 1, 635; Pal., 46, 1, 420).

1794 (1640). — Il padrone può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto, quantunque sia già cominciato il lavoro, facendo indenne l'appaltatore di tutte le spese, di tutti i suoi lavori, e di tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale appalto.

1795 (1641). — Il contratto di locazione di un'opera si scioglie colla morte dell'artefice, dell'architetto, o dell'appaltatore.

1796 (1642). — Il proprietario però è tenuto a pagare a' loro eredi, in proporzione del prezzo fissato dalla convenzione, l'importare de' lavori fatti e de' materiali preparati, allora soltanto che tali lavori e tali materiali possono essergli utili.

1797 (1643). — L'appaltatore è tenuto del fatto delle persone che impiega.

1798 (1644). — I muratori, i fale[illegible] e gli altri artefici che sono stati impi[illegible] alla costruzione di un edifizio o di [illegible] opera data in appalto, non hanno a[illegible] contra colui, a vantaggio del quale si [illegible] fatti i lavori, se non a concorrenza di qu[illegible] egli si trova in debito verso l'appalta[illegible] nel tempo in cui si è intentata la lor[illegible]zione.

1799 (1645). — I muratori, falegnami ferrai ed altri artefici che fanno diretta-mente dei contratti a prezzo determinato, sono tenuti a' regolamenti prescritti nella presente sezione. Essi sono considerati come appaltatori per la parte nella quale s'im-piegano.

SOMMARIO.

I. Varie osservazioni. Significato della parola utili *nell'art. 1796 (1642); errore della Corte di Bourges.*

II. L'art. 1798 (1644) concede agli operai una azione diretta; errore di Deloinc[illegible] Questi vari articoli non si applic[illegible] l'operaio che fornisce la materia [illegible] di Zachariae e di Duvergier.

I. — Questi sei articoli non offrono alcun dubbio: la loro intelligenza cavasi dal solo testo, e poche osservazioni ci bastano.

E in prima, non possiamo far maraviglia che il Codice abbia dato al proprietario il dritto di disdire a suo talento la locazione di opere, anche prese in appalto, purchè paghi al fabbricante, non solo ciò ch'egli abbia speso, bensì tutto il guadagno che avrebbe fatto, andando così più innanti dello stesso Pothier (n. 440). Lo intraprenditore che guadagnerà senza compir l'opera tutto ciò avrebbe guadagnato compiendola, non ha di che dolersi, per cui può bene il proprietario sciogliere la convenzione a suo arbitrio.

Il contratto di locazione di opere può sciogliersi anche per la morte dell'operajo, intraprenditore od architetto, senza distinguere, come nell'antico diritto, se fossero o no dei lavori importanti per il talento e l'arte dell'operaio. Il Codice, considerando che in cotesto contratto ha sempre una parte la considerazione dell'[illegible]raio, volendo togliere le quistioni di m[illegible] su ciò, e comprendendo che il propr[illegible]rio spesso, non potendosi sciogliere il co[illegible]tratto, andrebbe incontro a delle diffic[illegible]tà, e per lo meno vedrebbe prolungar[illegible] dei lavori che amava finissero prontamen[illegible]te, ha stabilito che il contratto si potesse sciogliere assolutamente e per tutti i casi. Pure, il proprietario deve pagare agli eredi dell'operaio morto il valore delle opere fatte e dei materiali preparati che potrebbero essere utili. La Corte di Bourges, nelle sue osservazioni sul progetto del Codice, aveva censurato questa disposizione come ingiusta, e perchè non accordava a[illegible] eredi una sufficiente indennità; avvegnac[illegible] — ella diceva — i lavori e i material[illegible] [illegible]trebbero essere realmente inutili, ma [illegible] per la fabbrica, forse bizzarra e rovin[illegible] che voleva metter su il proprietari[illegible] [illegible] mal s'intende così il pensiero della legg[illegible] dacchè non si parla di lavori o mater[illegible]

utili assolutamente, ma di quelli *utili per rispetto* all'*opera voluta*.

II. — Darem fine, facendo notare due inesatte dottrine, una di Delvincourt, l'altra di Duvergier e Zachariae.

Il primo ha creduto che l'articolo 1798 (1644), permettendo agli operai adibiti dall'appaltatore di rivolgersi contro il proprietario per la somma di cui questi sia debitore, non faccia che applicare l'articolo 1166 (1119).

Ma questo è un errore. La legge accorda agli operai un'azione diretta e personale contro il proprietario, se l'intraprenditore non li paghi, poichè essi han lavorato per il proprietario. Se avesse voluto qui applicare il solo dritto comune, non c'era affatto bisogno di fare un articolo espresso per ciò, e per altro l'articolo si sarebbe dovuto altrimenti dettare. Esso infatti indica che gli operai han diritto solo a quel tanto che sia ancora dovuto dal proprietario; or questa osservazione sarebbe stata ben semplice se gli operai avessero agito *jure debitoris*, esercitando il dritto dell'intraprenditore; al contrario è di somma utilità per gli operai che agiscono *jure proprio*. Pertanto essi agiscono in tal caso come se fossero divenuti creditori personali del proprietario, non essendo pagati dall'intraprenditore, e per effetto di un quasi-contratto di gestione di affari; dal che segue, che il proprietario, appena diretta contro di lui la domanda degli operai, diventa loro debitore, di guisa che i creditori dello intraprenditore non avrebbero dritto a concorrenza sulla somma dovuta, mentre l'avrebbero se gli operai agissero in forza dell'art. 1166 (1119) (1). Del resto, essendo accordata l'azione per ciò che sia ancora dovuto all'intraprenditore, gli operai non avrebbero dritto al credito o parte di credito che questi avrebbe regolarmente ceduto; essa infine è conferita agli operai che han fatto l'opera, ma non già a coloro che somministrano i materiali (2).

L'art. 1794 (1640), secondo Duvergier (II-335), e gli articoli 1795-1796 (1641-1642), secondo Zachariae (III, p. 46), dovrebbero applicarsi anche a colui che fabbrica sopra il suo suolo, o all'operaio che esegua un'opera colla sua materia. Secondo noi, ed anche secondo il pensiero di Troplong (nn. 1030 e 1044), è questo un errore, che si comprende benissimo in Duvergier, il quale crede esser quella una locazione, ma che fa meraviglia in Zachariae, il quale come noi riconosce che il contratto sia allora una vendita. Or essendo questa una vendita e non una locazione, come abbiamo veduto sotto l'articolo 1787 (1633), non si potranno quindi applicare i nostri articoli, poichè un contratto condizionato di vendita non può risolversi per la semplice volontà del compratore, o per la morte del venditore.

CAPITOLO QUARTO

DELLA LOCAZIONE A SOCCIO.

Abbiamo già fatto notare nel principio del presente titolo come il suo disegno, benchè gli scrittori non ci abbiano fatto alcuna osservazione, pecchi d'inesattezza, e di metodo, nel presentare la locazione delle cose e quella delle opere, quasi comprendessero tutta la materia e specialmente i socci (art. 1708 e 1711 (1554 e 1557)) per cui bisognava far seguire al capitolo *Delle disposizioni generali* altri due soli, l'uno

(1) Duranton (XVII-262); Duvergier (II-381); Troplong (III-1048); Douai, 30 marzo 1833; Douai, 13 agosto 1833 (Dev., 33, 2, 536 e 537); Parigi, 10 febbr. 1847 e 8 marzo 1848; Montpellier, 22 aprile 1850 e 24 dicembre 1852; Ric., 18 genn. 1854 (Pal., 47, 1, 451; 48, 1, 673; 54, 1, 382 e 384). — *Vedi* pure Cass., 17 giugno 1846 (Dev., 46, 1, 863).

(2) Lione, 21 genn. 1846 (Dev., 46, 2, 262; Pal., 46, 2, 615). — Ric., 18 genn. 1854 (Pal., 54, 1, 384).

per *la locazione delle cose*, e l'altro per *la locazione di opere*, e in uno di essi fare una sezione pei socci; mentre al contrario ci dà tre capitoli, il primo per la locazione delle cose, il secondo per la locazione di opere, e il terzo pei socci, i quali non sono più una suddivisione, ma una divisione principale. Abbiamo veduto che i socci, eccettone quello di ferro che è pura locazione, offrono un misto di locazione e di società, come il soccio a colonia, e che secondo un disegno logico dovevano dividersi le materie riunite Codice sotto il nome comune di locazi in due parti, l'una delle quali, destin alla *locazione perfetta*, abbraccerebbe locazione delle cose e la locazione di op (ed eziandio il soccio di ferro), e l'al destinata alla *locazione imperfetta*, abbr cerebbe i socci (che non sia quello di f ro) e il soccio dato al colono.

Questo è l'ordine che da noi sarà s guito nel nostro sunto, ma nel comme tario non ci scosteremo dal *Codice*.

SEZIONE PRIMA.

DISPOSIZIONI GENERALI.

1800 (1646). — La locazione a soccio è un contratto col quale una delle parti dà all'altra una quantità di bestiame, perchè lo custodisca, lo nutrisca e ne abbia cura, sotto le condizioni fra loro convenute.

1801 (1647). — Vi sono più specie di soccio:

il soccio semplice o ordinario;

il soccio a metà;

il soccio col fittaiuolo, o col colono parziario.

Evvi ancora una quarta specie di contratto chiamato impropriamente soccio.

1802 (1648). — Si può dare a soccio qualunque specie di bestiame che si è capace di accrescimento o di utilità per l'agricoltura, o pel commercio.

1803 (1649). — Non essendovi convenzioni particolari, tali contratti vengono regolati dai principî seguenti.*

I. — La parola *cheptel*, che troviamo scritta nei nostri vecchi scrittori e secondo le varie province *chaptel*, *chatel*, *cattel*, *chetel* (e che anche oggi si pronunzia *chetel*), deriva dalle parole *capitale* o *captale* usate nella media latinità per indicare un bestiame considerato in massa, come unità, come *capitale*.** Dinota nel Codice, ora il bestiame o fondo di bestiame che è l'oggetto del contratto (art. 1805 e 1806 (1651 e 1652)), ora lo stesso contratto (articolo 1810 e 1815 (1656 e 1661)).

La locazione a soccio che presenta varie specie ben fra loro diverse, non poteva esser ben definita in modo da spiegarle tutte in una volta, e il Codice mal vi riuscì nell'art. 1800 (1646). Il Codice non dà una definizione, poichè rimanda alla definizione particolare con le parole *sotto le condizioni fra loro convenute*; ma contiene altre tre inesattezze. 1°, non è vero che il locatore dà ad altri il bestiame per un determinato tempo, ma l'affida e non l'aliena; 2°, il bestiame non è sempre dato *da una delle parti all'altra*, perchè delle volte tutte e due le parti conferiscono in metà per una (sez. III); infine, il contratto non si forma soltanto per *custodire*, *nutrire e aver cura* del bestiame, ma specialmente per farlo fruttare e cavarne profitto. Una sola idea può ritenersi

* Non si può supporre che la latitudine lasciata alla volontà delle parti dallo art. 1149 delle leggi civili, si estende fino a snaturar il contratto di soccio, che è un misto di locazione e società, tramutandolo in contratto di vendita. C. S. di Napoli, 26 giugno 1849.

** Più anticamente il *cheptel* in Francia era detto *command* o *commandite de bestiaux*. Ed in Italia il contratto venne corrottamente detto soccio, *socida, quasi societas*. Vedi Ducange, alla parola *Socida*.

dell'art. 1800 (1646), ed è che la locazione a soccio ha per oggetto un fondo di bestiame.

Oggi si può dare a soccio ogni sorta di animali adatti al bene dell' agricoltura e del commercio; e il soccio di porci, che un tempo proibivasi nel più dei casi come usuraio in pro del locatore (perchè i porci — dicevasi (1) — dànno più guadagno al locatore, moltiplicandosi più degli altri animali, mentre il locatario deve spender molto per nudrirli), è permesso dal Codice come il soccio delle specie bovina, cavallina, pecorina ed altre.

Nel soccio, come negli altri contratti, debbono seguirsi soprattutto le convenzioni delle parti; reggono le disposizioni del Codice quando la convenzione manca, o è insufficiente.

Le specie del soccio sono cinque, due delle quali, riunite dal testo dell'art. 1801 (1647), sono distinte e a buon dritto dai due paragrafi della sezione IV: 1° il soccio semplice od ordinario; 2° il soccio a metà; 3° il soccio col fittaiuolo; 4° il soccio col colono parziario; 5° infine, il soccio impropriamente detto.

SEZIONE II.

DEL SOCCIO SEMPLICE.

1804 (1650). — La locazione a soccio semplice è un contratto col quale si dànno ad altri dei bestiami per custodire, nutrire ed averne cura, a condizione che l' affittuale guadagnerà la metà dello accrescimento, e che dovrà soggiacere altresì alla metà della perdita.

1805 (1651). — La stima data a' bestiami nel contratto non ne trasferisce la proprietà all'affittuale: non ha altro oggetto, che di determinare la perdita o il guadagno che potrà risultarne, terminato l'affitto.

I. — L'art. 1804 (1650) ci porge una inesatta ed incompleta definizione, che sarà corretta e compiuta dagli art. 1810 e 1811 (1656 e 1657), poichè dice che l'affittuale guadagnerà la metà dell'accrescimento, e dovrà soggiacere alla metà della perdita. Infatti lo affittuale prende anche la metà delle lane, ed oltre a ciò tutto il latte, il letame e il lavoro degli animali (1811 (1657)); d'altra parte, egli soggiace alla metà della perdita parziale, e per nulla alla totale.

Il locatore rimane proprietario del bestiame che ei confida all'affittuale; la stima che di ordinario si esegue, non fa che passi la proprietà; ma serve solo a comprovare lo stato del bestiame al principio dell'affitto, onde stabilirsi lo scemamento o l'accrescimento, e quindi la perdita o il guadagno che deve fra le parti dividersi terminato l'affitto.

1806 (1652). — L'affittuale dee usare la diligenza di un buon padre di famiglia per la conservazione del bestiame dato a soccio.

1807 (1653). — Non è tenuto pei casi fortuiti, se non quando siavi preceduta qualche colpa per sua parte, senza la quale non sarebbe avvenuta la perdita.

1808 (1654). — Nascendo controversia, il fittaiuolo dee provare il caso fortuito, ed il locatore la colpa che egli imputa al fittaiuolo.

1809 (1655). — Il fittaiuolo il quale è liberato per motivo di caso fortuito, è sempre tenuto a render conto delle pelli delle bestie.

(1) La Thaumassière (Berry, t. XVII); Pothier (*Cheptels*, nn. 22-23).

1810 (1656). — Se il bestiame perisca interamente senza colpa del fittaiuolo, la perdita ricade a danno del locatore.

Se ne perisca soltanto una parte, la perdita resta a carico comune, ragguagliata al prezzo della stima in origine, ed a quello della stima al termine della locazione.

SOMMARIO.

I. Responsabilità dell'affittuale. La perdita che non può imputarglisi, non lo riguarda se intera; se parziale, egli ne sosterrà una metà al termine dell'affitto.
II. Quest'ultima regola, troppo dura per l'affittuale, non può estendersi; e per quanto notevole sia la perdita parziale avvenuta durante lo affitto, non deve pagarla desso, ma lasciarla compensare con l'accrescimento.

I. — Lo affittuale deve usare la diligenza di un buon padre di famiglia, cioè di solerte amministratore, per conservare e migliorare il bestiame. Egli quindi dovrà procurarsi le stalle o altri locali necessarî ove porlo convenevolmente secondo la specie degli animali, le paglie per lo strame, i foraggi, il grano o i legumi per nutrimento d'inverno, e i prati, o erbaggi, che dovrà torre in affitto se non ne ha di proprî, per pascolarvi.

Qualunque perdita di pochi animali, o dello intero bestiame, si reputerà cagionata da colpa del fittaiuolo, il quale sarà quindi tenuto a ripararla, se non pruovi che risulti da qualche malattia o da altro caso fortuito. Non ostante che pruovi il caso fortuito, egli sarà sempre responsabile se fosse stato preceduto da una sua colpa senza di cui non sarebbe avvenuta la perdita; però questa colpa deve allegarsi e provarsi dal locatore, siccome il fittaiuolo ha dovuto allegare e provare il caso fortuito. Inoltre, quando il fittaiuolo è liberato da ogni responsabilità colla pruova del caso fortuito, che il locatore non ha potuto giustificare essere stato preceduto da una colpa, il primo dovrà sempre render conto delle pelli degli animali, per cavarne quel profitto che può. La legge dice che egli deve render conto delle pelli, ma non che debba mostrarle; il che sarebbe spesso impossibile; per esempio, quando un'ordinanza di polizia prescrive di sotterrare immediatamente gli animali morti, o se questi fossero stati portati via da ladri, ec.

Quando la perdita non sia cagionata dal locatario, in tal caso bisogna distinguere se sia totale o parziale: nel primo caso il Codice la fa ricadere tutta a danno del locatore; nel secondo la divide in metà fra le due parti. Però il fittaiuolo non contribuisce alla metà della perdita parziale nel medesimo modo, dovendosi distinguere se ciò avvenga nel corso o al termine dell'affitto. Nel corso dello affitto egli non è tenuto a riparare immediatamente la perdita (almeno non sempre, poichè vedremo un po' più in là che alle volte ciò non può ammettersi). Così, se il bestiame di cento capi, consegnato dal locatore, fosse ridotto in una o due cattive annate, a cinquanta o quaranta, non vi sarà bisogno in tal caso di comprarne altri dieci o venti e pagarli per metà ciascuna delle parti; ma si aspetterà che con buone annate venisse riparata la mancanza. — In siffatto modo, il locatario non dovrà nulla pagare (come nè il locatore da parte sua), restando soltanto privato per qualche tempo del vantaggio di metà dell'accrescimento, sostenendo così la perdita colla privazione del beneficio. Al contrario, alla fine dello affitto, egli dovrà pagare in contanti la perdita. E se dei cento capi consegnati non ne rimangano che cinquanta, o se, non badando al numero, il bestiame che quando consegnavasi valeva 10,000 franchi, fosse deteriorato di 1,000 fr. per il cattivo stato degli animali, il locatario dovrà pagare *de suo* al locatore o la metà della perdita dei 1,000 fr., o metà del valore dei dieci capi che debbonsi supplire.

II. — Si è censurato, e con buona ra-

ne, questa obbligazione imposta dal Co- e al locatario di pagare *de suo* la metà la perdita parziale avvenuta senza sua pa. In generale, il soccio è una spe- di industria che dà ben poco ai loca- i quali d'ordinario sono de' poveri pae- i, senza avvenire, che vivono molto par- mente, e che incaricandosi di nutrire e rare i bestiami non cercano altro, se non campare la vita, senza mai nulla poter mulare. Ciò del resto conoscevano i no- ri antichi giureconsulti, ed appunto per- iè i compilatori del Codice non l'ignora- no, sono venuti in soccorso di questa asse sventurata, controvvenendo nell'ar- colo 1811 (1657) al dritto comune e alla bertà delle convenzioni. Dopo ciò è ben aturale che si obblighi il locatario, nel orso dello affitto, a contribuire alla per- ita parziale soffrendo la privazione di metà ello accrescimento, come sopra abbiamo eduto; ma è troppo duro obbligarlo a pa- are *de suo* alla fine dello affitto la metà ella perdita. Come non pensare che gra- ando il fittajuolo di metà della perdita arziale, e non di quella totale, si darebbe n forte eccitamento al mal fare? Ridotto bestiame a due terzi o a tre quarti, il ttaiuolo, affin di liberarsi dal pagare una omma considerevole, non sarebbe interes- ato a far perire il resto, per discaricarsi la qualunque obbligazione, divenendo to- ale la perdita? Coquille, il quale scriveva n un paese in cui erano consueti i socci, igettando saggiamente le due estreme dot- rine, secondo una delle quali, professata la Pothier, e da altri commentatori delle consuetudini, voleasi far sostenere al lo- catario anche la metà della perdita totale, nentre secondo l'altra, difesa energica- nente nel famoso libro delle *Conferenze sull'usura*, voleasi sgravarlo da qualunque obbligazione, anche per la perdita parzia- le, professava che il locatario dovesse con- correre a riparare la perdita parziale, sol- tanto però col far compensare questa per- dita cogli accrescimenti ulteriori, se ve ne fossero, al pari che un usufruttuario, senza dover pagare mai nulla *de suo*. Duvergier adunque incorre in errore affermando che il Codice abbia consacrato la dottrina di Coquille; ed è tanto più strana questa sua opinione, poichè egli cita tutto questo tratto in cui Coquille spiega che il locatario deve soltanto « tollerare e nudrire la parte di bestiame che resta, fino a che il soccio sia compensato collo accrescimento ». Ed è più strano che, discutendosi innanzi il Consiglio di Stato la prima compilazione dello art. 1810 (1656), la disposizione del progetto era stata a lungo spiegata e svi- luppata nel senso di dover contribuire il locatario astenendosi semplicemente dal beneficio (1), e dopo che fu rimandata alla sezione *per essere riveduta secondo lo spi- rito di queste osservazioni* (2), essa non di meno fu diffinitivamente scritta in un senso affatto opposto, come scorgesi ne- gli art. 1810 e 1817 (1656 e 1663).

Però la disposizione della legge è for- male: il locatario, alla fine dello affitto do- vrà mettere *de suo* metà della differenza tra il prezzo della stima in origine e quello della stima al termine della locazione: *dura lex, sed lex*. Ma questa disposizione, di rigore non si deve estendere oltre i ter- mini della legge; il locatario deve pagare metà della perdita parziale al termine della locazione; egli quindi non sarà mai obbli- gato durante lo affitto, sia pure di molto rilievo la perdita parziale, e dovrà soltanto esser privato della metà di accrescimento ulteriore, per far completare, se si possa, il numero del bestiame. Invano si direbbe che quando per cagione di una epizoozia pe- rissero d'un tratto due terzi o tre quarti del bestiame sarebbe contrario alle regole di una saggia amministrazione, e non si agirebbe da buon padre di famiglia, pri- vandosi dei benefizî dello allevamento di un gregge per tutto il tempo necessario onde collo accrescimento di venticinque o trenta capi ritornasse il bestiame al nu- mero di cento; che ciò si potrebbe fare per una minima perdita, ma che sarebbe contrario ai principî di economia, e non

(1-2) Osservaz. di Defermon, Treilhard e Tron- chet (Fenet, XIV, p 251).

vi si potrebbe quindi obbligare il locante, quando la perdita sia considerevole... Tali osservazioni sarebbero giuste in sè stesse, e si dovrebbero seguire in contratti ordinarî; ma il soccio ha le sue regole speciali, esso richiede dalla legge una grande protezione per il locatario contro il locante, come ce ne fa pruova l'articolo seguente; ed essendo ben rigorosa la disposizione finale del nostro art. 1810 (1656), come han detto i medesimi compilatori; bisogna quindi star cauti a non estenderla più oltre. Pertanto, secondo essa disposizione, si dovrà fare un sol calcolo, si dovrà pretendere (all'uopo) dal locatario un solo pagamento, dopo ragguagliato il valore che aveva il bestiame al principio della locazione con quello che ha al termine; sicchè non si dovrà nulla di tutto questo fare durante la locazione; il locatario, in caso di perdita parziale, deve lavorare a far crescere il bestiame, e ciò è anche nel suo interesse, poichè in tal modo può ricavarne vantaggi annuali e non pagar nulla quando si farebbe la seconda ed ultima stima.

1811 (1657). — Non si può stipulare che il fittaiuolo soffra tutta la perdita del bestiame, quantunque avvenuta per caso fortuito e senza sua colpa, o che egli abbia nella perdita una parte maggiore che nel guadagno, o che il locatore precapisca in fine dell'affitto qualche cosa, oltre il bestiame dato a soccio.

Ogni convenzione di tal natura è nulla.

Il fittaiuolo profitta egli solo del latte, dello stabbio e del lavoro, del bestiame dato a soccio.

La lana e l'accrescimento si dividono.

SOMMARIO

I. Clausole proibite nel soccio. Fra queste si annovera quella con cui si toglierebbe al locatario una parte dei latticini, ec. Errore di Duvergier e Zachariae.

II. La clausola vietata è nulla interamente, ma non porta seco la nullità del contratto: doppio errore e contraddizione di Duverton.

III. Le clausole onerose per il locante non sono illecite. — Il locatario prende le lane: tutti i prodotti analoghi. Egli non può far lavorare gli animali per conto altrui.

I. — La misera condizione e lo stato di ignoranza dei locatarî potrebbero spingerli ad aderire a qualunque condizione per ottenere un bestiame con cui sperano procurarsi il pane necessario alle loro famiglie; per cui la legge ha dovuto pensare a proteggerli contro la rapacità dei proprietarî tanto inumani da speculare sulla loro miseria. Per questo scopo fu dettato il nostro articolo.

Il Codice adunque proibisce come immorale qualunque clausola che tenderebbe: 1° a far soffrire al fittaiuolo tutta la perdita del bestiame, avvenuta per caso fortuito e senza sua colpa; 2° a fargli soffrire nella perdita una parte maggiore che nel guadagno; 3° a permettere al locante di percepire al termine dell'affitto qualche cosa oltre il bestiame dato a soccio; 4° in fine, a togliere al locatario, per darlo al locante, tutto o parte del latte, dello stabbio e del lavoro degli animali.

Duvergier (n. 408) e Zachariae (III, pagina 51) non ammettono quest'ultima idea. Essi, credendo che lo articolo non applichi a questo come agli altri casi la sua dichiarazione di nullità, dicono che il locante potrebbe stipulare che dividerebbe i suoi ultimi vantaggi, come lo accrescimento e le lane. Ma è questo un errore, e il contesto dello articolo, anzichè contrario alla nostra soluzione, è, secondo noi, una pruova novella della sua esattezza.

Si noti che il lavoro, lo stabbio e il latte, specialmente questi due ultimi, sono il vero pane quotidiano dell'infelice locatario; essi, al contrario dello accrescimento e delle lane, sono i *piccoli vantaggi* che

servono al sostentamento del locatario, e che bisogna quindi lasciarglisi per intero, occorrendo egli ai primi bisogni della sua famiglia usando per conto proprio una piccola parte di essi latticinî (come latte, formaggio, burro, ec.), e vendendo il resto al più vicino mercato; cotalchè togliendogliene una porzione, lo si priverebbe di una parte del suo pane. Pertanto il dritto del locatario ai lavori, al letame e al latte è il più sacro di tutti, e la giustizia e l'umanità impongono che gli si assicuri nel modo più efficace. Per altro, questo dritto esclusivo del locatario al latte, al letame e al lavoro non potea assottigliarsi con alcuna convenzione, in nessuno de' tre sistemi dell'antica giurisprudenza nemmeno in quello ch'era il più sfavorevole pel locatario, che credeva lecito fargli sostenere anche la perdita totale, e che Pothier, suo principale difensore, riconosceva non esser morale che nei paesi abbondanti di pascoli, ove il nutrimento del bestiame costa pochissimo (numero 19), qualunque convenzione contraria era dichiarata sempre illecita, anche nel soccio a colonìa. Secondo Pothier, *non v'ha dubbio* che la clausola con cui il locante pretendesse dal locatario *burro* o *formaggio* (anche in menoma quantità) è permessa nel soccio a colonìa, ma non già negli altri socci (n. 28); egli avea detto poco prima (n. 25, paragr. ultimo) che *sarebbe INIQUO togliere al locatario ALCUNA PARTE del latte*, *letame o lavoro*. Come dunque si può presumere, che il Codice, il quale ha creduto molto inique per il locatario queste antiche consuetudini approvate da Pothier, che rigettandole ha adottato quasi per intero la contraria dottrina di Coquille, e che ha vietato come illecite le clausole che eran credute giuste, abbia potuto permettere quella riconosciuta iniqua ed impossibile da quelle medesime consuetudini? Certo fu mancanza di riflessione quella di Duvergier e di Zachariae; che se si pongono in riscontro gli art. 1804, 1811, 1819 e 1828 (1650, 1657, 1665 e 1674), chiari in sè stessi per le tradizioni dell'antico dritto, si vedrà fino all'evidenza, che il nostro legislatore ha riguardato il divieto della clausola di cui è discorso come cosa talmente manifesta e ben intesa, da non creder di bisogno il formularla specialmente. Il suo metodo si spiega ben di leggieri; esso ha divietato formalmente la tale o tal altra clausola che prima era dichiarata lecita (e formava il dritto comune), e che ha riguardato come illecite; ma non ha creduto valer la pena spiegarsi specialmente intorno ad una clausola che è stata sempre riguardata come iniqua, e vietata quindi in tutti i sistemi perchè contraria alla medesima essenza del soccio, e perchè giunge a toglier di bocca il pane al locatario; esso ha pensato che nessuno potrebbe dubitare che quella clausola resterebbe come sempre proibita; la sua nullità è manifesta, e risulta *a fortiori* dalle precedenti disposizioni dell'articolo, e quindi si restringe a proclamare questo fatto costante e compreso sempre in tutti i tempi, che *il locatario profitta SOLO del latte*, ec.

Abbiam detto che il pensiero del Codice sorge chiaro dalla combinazione dei vari articoli relativi al latte. E in vero il legislatore ha posto nel nostro art. 1811 (1657), tacendone affatto nell' art. 1804 (1650), la disposizione che riserva al locatario tutto il latte, perchè questa regola è una di quelle a cui non si può derogare, ed egli ha creduto quindi cosa semplicissima doverla qui formulare, per dare in una volta e in un medesimo articolo il quadro completo delle condizioni essenziali che le parti non pònno modificare. Si rifletta per poco, e si vedrà chiaro che se non fosse questa l'idea del legislatore, non si potrebbe affatto spiegare questa specialità di compilazione, e l' aver trasportato dallo articolo 1804 (1650) all'art. 1811 (1657) una regola che si avrebbe dovuta mettere nel primo... E questa medesima idea è anche indicata nell'art. 1819 (1665), il quale, dopo aver detto che nel soccio a metà il fittaiuolo profitta *egli solo* del latte, ec., COME NEL SOCCIO SEMPLICE, aggiunge che *qualunque convenzione contraria è nulla*... Infine il pensiero della lègge sorge anche più chiaro nel medesimo art. 1819 (1665) e nell'art. 1828 (1674), i quali dicono che

fondamento di questa soluzione. Troplong, censurando la dottrina dei suoi predecessori i quali giudicavano per analogia dell'art. 1743 (1539), pretende che il locatario, quando lo affitto abbia data certa, possa trarre argomento da una specie di *alienazione* del godimento fatta dal locante in vantaggio della associazione, e che non avendo data certa, possa invocar la massima *in fatto di mobili il possesso vale per titolo*. Ma questo sistema non potrebbe adottarsi, non facendosi nel soccio alcuna alienazione o concessione di dritto reale, poichè il locante contrae soltanto l'obbligo personale di far godere il locatario.

Adunque bisogna attenersi all'argomento cavato dall'art. 1743 (1539). Senza dubbio esso riguarda la locazione d'immobili; ma se la sua parola non protegge il locatario, non sorge chiaro l'opposto dal suo spirito? Forse i motivi non sono i medesimi nei due casi? L'interesse dell'agricoltura e del commercio non impongono la medesima soluzione!... Adunque il locatario potrà invocare lo art. 1743 (1539) se lo affitto abbia data certa; nel caso contrario, potrà invocare questo medesimo articolo combinato coll' art. 2279 (2185); poichè il compratore o creditore, trovando il locatario in possesso della cosa mobile, dovrebbero o spiegare il suo possesso col titolo, e in tal caso riconoscono l'esistenza dello affitto, o badare al solo possesso, e allora nascerebbe una presunzione di proprietà, che varrebbe più del dritto risultante dalla locazione: essi sarebbero in tal modo obbligati, atteso la natura mobiliare delle cose, a riconoscere lo affitto, sebbene non abbia data certa; se no, incorrerebbero in altro più grave inconveniente (1).

III. — Se una delle parti credesse utile la vendita di alcuni animali, e l' altra si negasse, potrebbe la prima farne ordinare la vendita dal magistrato, e farsi aggiudicare i danni-interessi, se ne avesse sofferto per il rifiuto dell'altra parte? Troplong (III-1140), esaminando la quistione in quanto riguarda il locatario che domanda la ve-dita contro il locante, risponde del n-poichè, secondo lui, essendo quest'ulti-proprietario del bestiame e comproprietari dello accrescimento, non può mai es-costretto ad alienare la cosa sua con-il suo volere, e perchè inoltre la di-sizione del progetto che autorizzava i catario ad agire contro il locante ch-rifiutasse ad una vendita vantaggiosa fu-cellata dal Codice... Nondimeno noi c-diamo doversi seguire la contraria ide-

E in prima, la disposizione tolta dal pr-getto non ha che fare colla nostra qu-stione; e non sappiamo comprendere com-Troplong le dia tanta importanza, mentr-nella quistione precedente credette di ne-sun rilievo, e con buon dritto, il rigett-di una proposizione in cui dicevasi che i creditori del locante non potrebbero seque-strare e vendere *pregiudicando il dritto del locatario* (n. 1152). Or d'onde si po-trebbe mai dire che la prima disposizion-non fosse stata pure, come l'altra, ri-tata perchè inutile ed abbastanza ind-dai principî generali?... Il locatore, di-è proprietario del bestiame e compr-tario dello accrescimento. Ma, sen-mente che la qualità di *compropr-*dello accrescimento appartiene pure l-catario, e che i principî non permettono-uno dei socî sia abbandonato alla disc-zione e al capriccio dell'altro, *il locat-*ha obbligo di procurare al locatario t-i vantaggi che possono cavarsi dalla *buona* ed intelligente coltivazione del soccio; egl-ha vietato a sè stesso d'*impedire per ca-*priccio gli spedienti utili o necessari per la buona amministrazione del soccio. Ma egli è proprietario, replicate: ma che monta ciò alla quistione? Forse *un proprietario* può abusare di questa qualità per sottrarsi alle sue obbligazioni? *Noi non sappiamo* comprendere questa dottrina di Troplong contraria alle regole ammesse *nell' an-*dritto, e rigettata a buon dritto da gli scrittori (2).

(1) Duranton (XVII-281); Duvergier (II-416); Zachariae (III, p. 52); Troplong (III, nn. 1152-1154); Taulier (VI, p. 328).

(2) Pothier (n. 36); Duranton (XVII-283 ...); ...gier (II-413); Zachariae (III, p. 51); Taulie-p. 328).

no si dovrebbe regolare secondo i principî generali. — Si potrebbe dunque stabilire che il locante avrebbe nella perdita una parte maggiore che nel guadagno, ed eziandio che prenderebbe una parte qualunque del guadagno e soffrirebbe solo tutta la perdita.

È superfluo dire che il locatario prenderebbe, oltre le lane, i peli, i crini, le setole, le piume che dànno le capre, i cavalli, i porci, le oche o altri animali che possono essere oggetto di un soccio, come i montoni.

Si noti infine che il locatario ha dritto al lavoro di cui sono capaci gli animali dati a soccio, per suo proprio uso, non potendo locare i loro servigi ad estranei, i quali, non avendo il medesimo suo interesse alla loro conservazione, potrebbero non usarvi tanta diligenza: il dritto di far lavorare un animale non implica il dritto di locarlo ad altri; e l' art. 1812 (1658) proibisce assolutamente al fittaiuolo di disporre di alcun animale senza il consenso del locante.

1812 (1658). — Il fittaiuolo non può disporre di alcuna bestia della mandra, sia che appartenga al capitale del soccio, sia che appartenga all'accrescimento, senza il consenso del locatore, il quale nè puro può disporne, se non ha il consenso del fittaiuolo.

SOMMARIO

I. *Una parte non può disporre in alcun modo, a danno dell'altra, di alcun animale della mandra o dello accrescimento; ma l'articolo 2279 (2185) si applica in questo caso.*
II. *I terzi acquirenti o creditori del locante devono rispettare il dritto del locatario. Difficoltà su tal riguardo.*
III. *Ciascuna parte può costringer l'altra alla vendita che sarebbe riconosciuta utile. Errore di Troplong.*

I. — Essendo il bestiame del soccio proprio del locatore, ed appartenendo lo accrescimento in comune al locante e al locatario, questi non può dunque disporne in alcun modo, sia a titolo di locazione o di prestito, sia a titolo di alienazione, senza il consenso del primo. Se altrimenti li vendesse o alienasse, egli commetterebbe un reato di abuso di confidenza (408 (430-1°), C. pen.); ma l'acquirente di buona fede diverrà proprietario appena fatta la consegna, e ben a ragione fu tolto dal Codice un articolo del progetto che autorizzava il locante a rivendicare gli animali dall' acquirente o altro possessore, poichè esso era in aperta contraddizione coll'art. 2279 (2185).

Da canto suo il locatore, sebbene sia proprietario del bestiame, non può nemmeno disporre di alcun animale senza il consenso del locatario, a cui ha concesso un dritto di godimento nello esercizio del quale non può molestarlo: egli avrà certamente il dritto di alienare uno o più animali o l'intero bestiame; però sotto la condizione che il compratore dovrà rispettare il dritto del locatario, ed averne il godimento al termine della locazione.

II. — È un punto controverso, se un terzo acquirente o un creditore del locante potrebbero appropriarsi il soccio, non rispettando il dritto del locatario, e impedendo che lo affitto si eseguisse sino al termine. Prima del Codice non si era d' accordo su questo punto: Coquille (Nivernais, art. 16) pretendeva che il dritto del locatario dovesse sempre rispettarsi, poichè lo riguardava come un dritto reale, mentre la Thaumassière (Berry, *pref.* del tit. 17) e Pothier (n. 33), seguivano un contrario avviso, poichè credevano, e con ragione, che il dritto del locatario non fosse reale. Oggi, sotto il Codice, gli scrittori tutti ammettono unanimamente che gli acquirenti o creditori non possono nuocere al dritto del locatario; ma discordano in quanto al

fondamento di questa soluzione. Troplong, censurando la dottrina dei suoi predecessori i quali giudicavano per analogia dell'art. 1743 (1539), pretende che il locatario, quando le affitto abbia data certa, possa trarre argomento da una specie di *alienazione* del godimento fatta dal locante in vantaggio della associazione, e che non avendo data certa, possa invocar la massima *in fatto di mobili il possesso vale per titolo*. Ma questo sistema non potrebbe adottarsi, non facendosi nel soccio alcuna alienazione o concessione di dritto reale, poichè il locante contrae soltanto l'obbligo personale di far godere il locatario.

Adunque bisogna attenersi all'argomento cavato dall'art. 1743 (1539). Senza dubbio esso riguarda la locazione d'immobili; ma se la sua parola non protegge il locatario, non sorge chiaro l'opposto dal suo spirito? Forse i motivi non sono i medesimi nei due casi? L'interesse dell'agricoltura e del commercio non impongono la medesima soluzione!... Adunque il locatario potrà invocare lo art. 1743 (1539) se lo affitto abbia data certa; nel caso contrario, potrà invocare questo medesimo articolo combinato coll' art. 2279 (2185); poichè il compratore o creditore, trovando il locatario in possesso della cosa mobile, dovrebbero o spiegare il suo possesso col titolo, e in tal caso riconoscono l'esistenza dello affitto, o badare al solo possesso, e allora nascerebbe una presunzione di proprietà, che varrebbe più del dritto risultante dalla locazione: essi sarebbero in tal modo obbligati, atteso la natura mobiliare delle cose, a riconoscere lo affitto, sebbene non abbia data certa; se no, incorrerebbero in altro più grave inconveniente (1).

III. — Se una delle parti credesse utile la vendita di alcuni animali, e l' altra si negasse, potrebbe la prima farne ordinare la vendita dal magistrato, e farsi aggiudicare i danni-interessi, se ne avesse sofferto per il rifiuto dell'altra parte? Troplong (III-1140), esaminando la quistione in quanto riguarda il locatario che domanda la vendita contro il locante, risponde del no, poichè, secondo lui, essendo quest'ultimo proprietario del bestiame e comproprietario dello accrescimento, non può mai esser costretto ad alienare la cosa sua contro il suo volere, e perchè inoltre la disposizione del progetto che autorizzava il locatario ad agire contro il locante che *si* rifiutasse ad una vendita vantaggiosa fu cancellata dal Codice... Nondimeno noi crediamo doversi seguire la contraria idea.

E in prima, la disposizione tolta dal progetto non ha che fare colla nostra quistione; e non sappiamo comprendere come Troplong le dia tanta importanza, mentre nella quistione precedente credette di nessun rilievo, e con buon dritto, il rigetto di una proposizione in cui dicevasi che i creditori del locante non potrebbero sequestrare e vendere *pregiudicando il dritto del locatario* (n. 1152). Or d'onde si potrebbe mai dire che la prima disposizione non fosse stata pure, come l'altra, rigettata perchè inutile ed abbastanza indicata dai principî generali?... Il locatore, dicesi, è proprietario del bestiame e comproprietario dello accrescimento. Ma, senza por mente che la qualità di comproprietario dello accrescimento appartiene pure al locatario, e che i principî non permettono che uno dei socî sia abbandonato alla discrezione e al capriccio dell'altro, il locatore ha obbligo di procurare al locatario tutti i vantaggi che possono cavarsi dalla buona ed intelligente coltivazione del soccio; egli ha vietato a sè stesso d'impedire per capriccio gli spedienti utili o necessarî per la buona amministrazione del soccio. Ma egli è proprietario, replicate: ma che monta ciò alla quistione? Forse un proprietario può abusare di questa qualità per sottrarsi alle sue obbligazioni? Noi non sappiamo comprendere questa dottrina di Troplong, contraria alle regole ammesse nell' antico dritto, e rigettata a buon dritto da tutti gli scrittori (2).

(1) Duranton (XVII-281); Duvergier (II-416); Zachariae (III, p. 52); Troplong (III, nn. 1152-1154); Taulier (VI, p. 328).

(2) Pothier (n. 36); Duranton (XVII-283); Duvergier (II-413); Zachariae (III, p. 51); Taulier (VI, p. 328).

1813 (1659). — Quando il soccio si conchiude col fittaiuolo di un altro, dee notificarsi al proprietario da cui tal fittajuolo dipende: altrimenti il detto proprietario può sequestrare e far vendere il bestiame, per essere soddisfatto di quanto il suo fittaiuolo gli dee.

I. — Il locatore che affida il suo bestiame allo affittuale di un altro proprietario, deve curare di notificare a questi il suo contratto di soccio, acciocchè egli conosca che il bestiame che entra nel suo podere, non spetta al locatario e non risponde del suo estaglio; se no, il proprietario avrebbe il dritto, nell'occorrenza, di farlo pignorare e vendere come i mobili che sono addetti al podere. Non importa in qual modo si faccia la notificazione, se per atto di usciere, ovvero per semplice lettera, o con una dichiarazione puramente verbale, purchè in questi ultimi due casi, il locatore del soccio ritiri un documento che attesti l'avvertimento dato da lui. Il locatore del podere deve essere informato, ciò è necessario; ed è ritenuto a buon diritto, non ostante la contraria soluzione di un'antica decisione di Parigi, che, posto che non fosse stato prevenuto dal locatore del soccio, egli non avrebbe alcun dritto sul bestiame se ne avesse avuto altramenti conoscenza (1).

E anche necessario che la regola si applicasse pure al colono parziario non che all'affittuale propriamente detto; avvegnachè le due condizioni fossero per l'oggetto del nostro articolo assolutamente identiche, e poi la parola *affittuale (fermier)* è usata dalla legge come termine generico ad indicare qualunque locatario di un fondo rustico, come nell'art. **1819 (1665)** la parola *colonìa*.

Ma quel che dice la legge per rispetto ad un affittuale che è locatario del podere di un terzo nel punto che gli è affidato il soccio, dovrebbe pure applicarsi all'affittuale che fosse indipendente quando si forma il soccio, e che appresso diventa locatario di un fondo rustico sul quale egli mena il bestiame? Per la negativa, potrebbesi dire, che preme a colui che deve trattare con uno, di informarsi bene della sua condizione; che siccome, nel primo caso, il locatore del soccio ha la colpa di non essersi informato che quei cui affidava il bestiame era locatario del podere o della colonìa dove sarebbe entrato il bestiame, così nel secondo caso il locatore dell'immobile ha la colpa di non essersi informato che il bestiame non apparteneva al suo futuro locatario, ma gli era confidato in soccio. Ma noi crediamo doversi ammettere l'idea contraria. Invero, il locatore di immobili deve ben riguardare come proprî del suo locatario, fino a che non abbia una contraria dichiarazione, tutti i mobili che guarniscono i luoghi; e d'altro canto, il locatore del soccio deve sorvegliare lo affittuale nel corso dell' affitto e badare a ciò che egli possa fare del bestiame. Se egli vede che lo affittuale vada a coltivare un podere su cui condurrà il suo bestiame, deve prevenirne il proprietario del podere.

1814 (1660). — Il fittaiuolo non può tosar gli animali dati a soccio, senza avvertirne preventivamente il locatore.

I. — La lana si divide fra il locante e il locatario; per cui il primo deve vegliare alla tosatura, e l'altro è in obbligo di avvertirlo del tempo in cui quella dee farsi.

1815 (1661). — Se nel contratto non si sia fissato il tempo per la durata del soccio si reputa fatto per tre anni.*

(1) Parigi, 31 luglio 1815 — Troplong (III-1161); Rig., 7 marzo 1843 (Dev., 43, 1, 285).

* Poichè l'art. 1658 inibisce a chiunque de' contraenti disporre, senza il consenso dell'altro, di alcuno degli animali della mandra, sia che appartenga al capitale del soccio, sia che appartenga all'accrescimento, sarebbe assurdo che il creditore, esercitando per l'art. 1119 i diritti del suo de-

1816 (1662). — Il locatore può domandarne anche prima lo scioglimento, se il fittaiuolo non adempia ai suoi obblighi.

SOMMARIO

I. Il soccio dura per il tempo stabilito nella convenzione, se questa manca, non più di tre anni. Essendovi tacita riconduzione, il novello affitto è pure di tre anni; errori del più degli scrittori.

II. Si può oggi convenire che lo affitto potrà dirsi con la sola volontà di una parti.

III. Può essere sciolto per l'inadempimento obbligazioni di una delle parti; ma cessa per la morte del locatario. Errore Troplong.

I. -- Se la convenzione determina la durata della locazione a soccio, questa cesserà al tempo prefisso, tranne che non si sciolga per qualche causa non ordinaria. Se manca su ciò la convenzione, la sua durata, che un tempo era diversa secondo gli usi e le consuetudini dei diversi luoghi, è dalla legge stabilita a tre anni. Se spirati i tre anni o il termine prefisso, lo affittuale rimane in possesso del bestiame, evvi tacita riconduzione che dura tre anni, e mal si appongono gli scrittori che stranamente, secondo noi, stimano altrimenti.

Duranton (XVII-286) pretende che la durata del novello affitto sia quella del primo; breve o lunga che sia; Zachariae (III, p. 52) vuol che si determini secondo l'uso dei paesi; Taulier (VI, p. 329), combinando queste due idee, toglie a norma l'uso del paese, se ne esiste, e dove no, la durata dell'affitto precedente; Neveu-Derotrie (*Leggi rurali*, p. 184) stima che debba sempre durare un anno, che basta all'intero ricolto dei prodotti della cosa locata; da ultimo Duvergier (II-424) e Troplong (III-1180) insegnano, al pari di noi, che il termine sia di tre anni. Ciò infatti è patente, e nessuno dei quattro predetti sistemi può sostenersi. La tacita riconduzione è un affitto di cui non si è stabilita per alcuna convenzione la durata, che nè nel caso nostro nè in alcun altro (art. 1738 (1584)) può essere quella del precedente affitto, nè quella indicata dalle varie consuetudini, mentre il Codice ha voluto a queste sostituire una regola uniforme; nè il tempo strettamente necessario onde raccogliersi tutti i prodotti nel soccio; ma, secondo la formale disposizione del nostro art. 1815 (1661), è il termine prefisso e generale di *tre anni*, che fu dal Codice creduto necessario, come nella consuetudine di Berry (articolo 17), perchè le parti si avessero il tempo di trar profitto dell'accrescimento. Di ciò non può dubitarsi, nè si può contrastare l'esattezza della soluzione di Duvergier e Troplong.

II. — Abbiam detto che il soccio dura tre anni, quando nulla in contrario sia detto, essendo libere le parti di farlo per un tempo maggiore o minore; ma si potrebbe stabilire, senza escludere il termine legale di tre anni, che una delle parti (ordinario è il locante) possa sciogliere il contratto?

Coquille, il quale scriveva sotto la consuetudine del Nivernese, e dopo lui Pothier (n. 54), rispondevano del no, sebbene riconoscessero che la clausola potesse riguardare uno scioglimento domandato in tempo opportuno; però i motivi che giustificavano questa soluzione non reggono sotto il Codice. Da un canto, la consuetudine del Nivernese non aveva stabilito un termine legale per la durata del soccio, il quale finiva colla dichiarazione fatta da una parte all'altra; sicchè la clausola di cui è discorso avrebbe permesso ad una parte di

bitore, potesse esercitare pur quelli che a costui non competono. — La continuazione del contratto di soccio è un diritto comune delle parti contraenti, che i creditori di uno di essi non possono impedire. C. S. di Napoli, 26 giugno 1849.

ne: l'altra sempre obbligata; ma oggi non va più incontro a questo inconveniente, uto riguardo al termine di tre anni stalito dal Codice. D'altra parte, la consuedine accordava alla parte che proponeva lo ioglimento, il dritto di notificare una stima piè della quale l'altra doveva o conformarsi o abbandonare l'armento; dal che seguiva ie potendosi dal solo locante proporre lo :ioglimento, egli in tal modo era libero i prendersi per vil prezzo il bestiame coniderevolmente accresciuto, poichè poteva omandare lo scioglimento con una stima vil prezzo, quando conosceva che il loatario privo di danaro e incapace di prourarsene glielo avrebbe rilasciato a quaunque prezzo. Pertanto era indispensabile illora, per tutti i riguardi, che si accorlasse il dritto di risolvere il contratto, tanto il locatore che al locatario; però oggi questi inconvenienti non esistono; oggi la clausola riguarda, come abbiam detto, lo scioglimento domandato in tempo opportuno (art. 1869-1870 (1741-1742)), e i compilatori del Codice, che aveano sotto gli occhi quel che ne dissero Coquille e Pothier, non l'hanno annoverata nell' articolo 1811 (1657) fra le clausole proibite; per cui bisogna riconoscere che essa sarebbe valida.

III. — Il soccio, come qualunque altro contratto sinallagmatico, può risolversi, secondo il principio generale dell'art. 1184 (1137), non solo, come dice l'art. 1816 (1662), quando il fittaiuolo non adempia ai suoi obblighi, ma anche quando il locatore manchi ai propri: l'inadempimento di una delle parti, qualunque ella sia, dà all'altra il dritto dello scioglimento. Ma si scioglie anche per la morte del locatario? Troplong (III-1186) crede che sì; ma noi seguiamo la contraria dottrina. Indarno il dotto magistrato allega l' art. 1865 (1737)-3°, la cui disposizione riguarda le società pure, non già il soccio, che partecipa della locazione e della società; e lo stesso Troplong, mentre vuole applicarla, è obbligato confessare che non si può. Infatti, essa dice che il contratto termina *per la morte di uno dei socii*; ma Troplong riconosce che la morte del locante non scioglie il soccio. Anche Pothier, quantunque creda che il contratto non fosse una locazione, ma una vera e pura società, insegna come punto costante nell'antico dritto che la morte dell'una o dell'altra parte non interrompa il soccio (n. 3); e così deve oggi decidersi per doppia ragione; da un canto, perchè il Codice, a dritto o a torto, ha riguardato il soccio come una locazione del bestiame, di guisa che il proseguimento del contratto non ostante la morte delle parti, che prima era una derogazione al dritto comune, è oggi semplicissimo; d'altro canto, perchè tacendone il Codice, e non potendosi applicare l'art. 1865 (1737) su tal riguardo, bisogna applicarsi il principio generale dell'art. 1122 (1169), secondo cui si presume che ciascuno stipuli per se *e pei suoi eredi ed aventi causa*. A questo principio non si è fatta alcuna derogazione; per cui bisogna riconoscere, come Duvergier (II-425), che esso conserva tutta la sua forza.

1817 (1663). — Nella fine dell'affitto o nel tempo dello scioglimento, si procede a nuova stima del bestiame dato a soccio.

Il locatore può torre innanzi parte, animali di ogni specie fino alla concorrenza della prima stima: il dippiù si divide.

Se non esistono bestiami sufficienti ad agguagliare la prima stima, il locatore prende quelli che rimangono, e le parti si fanno ragione sulla perdita.

I. — Finito lo affitto, o perchè è spirata la durata convenzionale o legale, o perchè si è fatto sciogliere per una qualsiasi causa, devono farsi liquidi i conti; allora soltanto, come noi abbiamo detto, e come dal nostro articolo si fa chiaro, deve farsi una seconda ed ultima stima, e il locatario deve pagare in caso di perdita.

Adunque stimasi per la seconda volta il bestiame, siccome al principio dell'affitto, e si tien ragione, nei due periodi, non

solo del numero degli animali, ma anche del loro valore, cotalchè può avvenire che sei animali della seconda stima valgano per dieci della prima, e viceversa.

Stimato il bestiame, o il valore è superiore a quello della prima stima, o pari, o minore. Se superiore, il locatore può torre innanzi parte, animali d'ogni specie fino alla concorrenza della prima stima; ciò rappresenta il bestiame da lui somministrato e di cui gli è rimasta la proprietà; il dippiù che è un beneficio, si divide in metà fra le due parti. Se è pari, il locatore prende tutti gli animali, e non c'è altro da fare. Se è minore, il locatore prende similmente tutto, e siccome la differenza fra il valore del bestiame che egli riprende, e il valore maggiore della prima stima forma la perdita che dee risentirsi dalle parti, in metà per una, il locatore dee tener ragione al locatario della metà di questa differenza.

Alla liquidazione generale del guadagno o della perdita che si fa anche al termine dell'affitto, possono precedere durante lo affitto, una o più divisioni parziali di guadagni, tanto delle lane, peli, ec. quanto dello accrescimento. Ma ciò non monta; il locatore deve sempre pagare al locatario la metà della perdita che può aver luogo al termine dell'affitto, non tenendo ragione dei guadagni toltisi sull' accrescimento. Supponiamo un soccio di cinque anni, il di cui bestiame, di 3,000 fr. prima, è asceso poi per l'aumento a 4,000 fr. a capo di tre anni, (offrendo così un beneficio di 1,000, che si è diviso sin dal terzo anno), e si riduce poi da 3,000 a 2,200 al termine del quinto anno, cosicchè dà allora 800 fr. di meno, cioè la perdita di 400 fr. per ognuna delle parti.

Non fa bisogno che si riportino nei conti i 500 fr. di guadagno che ognuna delle parti ebbe due anni prima; le cose debbono guardarsi nello stato in cui di presente si trovano. Infatti il locatario dovrà pagare 400 fr. al locatore; ma siccome questi ne aveva avuto 500 due anni *prima*, non ne guadagnerà alla fin dei conti che 100. Sarebbe il medesimo se, riportando il guadagno precedente, si facesse ascendere il bestiame da 2,200 a 3,200; allora vi sarebbe stato un guadagno di 200, di cui 100 spetterebbero al locatario; cotalchè egli pagando 500 ne riprenderebbe 100, che varrebbe lo stesso che pagarne 400. Si riesce sempre ad un punto in qualunque modo si faccia il conto, e perciò è meglio e più semplice il non riportar nulla dei precedenti guadagni.

SEZIONE III.

DEL SOCCIO A METÀ.

1818 (1664). — Il soccio a metà è una società, nella quale ciascuno de' contraenti conferisce la metà de' bestiami che restano comuni pel guadagno o per la perdita.

1819 (1665). — Il fittaiuolo profitta egli solo, come nel soccio semplice, del latte, del letame e del lavoro degli animali. Il locatore non ha diritto se non sopra la metà delle lane e dell'accrescimento.

Qualunque convenzione contraria è nulla; fuorchè nel caso in cui il locatore sia proprietario del podere, di cui l'altro contraente è il fittaiuolo, o il colono parziario.

1820 (1666). — Tutte le altre regole del soccio semplice si applicano al soccio per metà.

I. — Il soccio a metà è quello in cui ciascuno dei contraenti conferisce la metà del bestiame, onde tutti i guadagni e le perdite si dividono fra loro in metà, se non che il latte, il letame e il lavoro degli animali saranno esclusivamente del fittaiuolo come nel soccio semplice. Dal quale differisce in ciò che la proporzione di metà nella divisione dei guadagni non può essere assottigliata dal locatario per convenzione, tranne

che questi non sia il fittaiuolo o il colono parziario del locatore. Nel resto si seguiranno tutte le regole del soccio semplice. Il soccio a metà è in tutto la medesima cosa che il semplice, eccetto in tre punti: 1° che il bestiame non si conferisce dal solo locatore, ma in metà da lui, e in metà dal locatario; 2° che il locatario soffrirà in metà tanto la perdita totale che la parziale; 3° infine che nel soccio a metà in principio il locatore non può assottigliare la proporzione in metà nella divisione dello accrescimento e delle lane, peli, ec. come lo può per convenzione nel soccio semplice (art. 1811 (1657), n. I, in fine).

Non v'ha differenza fra i due socci nel caso che il locatario sia il fittaiuolo o il colono parziario del locatore, dappoichè sì nel soccio semplice che in quello a metà il locatore può avere una parte del latte, non che mutare la proporzione nella divisione.

Se a primo aspetto sembra strano che non esista alcuna differenza per il latte, letame, e il lavoro degli animali fra chi dà a soccio semplice, e chi dà a soccio a metà, e che sì l'uno che l'altro abbia l'intero, sebbene non apresti alcuna parte dei bestiami di cui l'altro metta la metà; ciò avviene, come si è fatto notare, per questo che le cure, l'alloggio e il nutrimento si sono apprestati dal locatario a soccio semplice per un bestiame ch'è tutto dell'altra parte, mentre nel soccio a metà, il locatario ha dato l'alloggio e il nutrimento alla sua metà di bestiame. Il primo in realtà sotto questo rispetto dà una metà di più dell'altro.

SEZIONE IV.

DEL SOCCIO DATO DAL PROPRIETARIO AL SUO FITTAIUOLO O COLONO PARZIARIO.

Ben di leggieri si crederebbe che il soccio dato al fittaiuolo o colono, di cui tratta la presente sezione, sia uno dei due sopraddetti socci, con questa sola differenza che è dato al locatario dell'immobile del locatore. Ciò è erroneo: qui non si tratta nè del soccio semplice nè di quello a metà, dati al fittaiuolo o colono parziario, ma si pongono le regole di un'altra specie di soccio, dato al fittaiuolo o colono parziario, molto diverso dai due precedenti. Quest'altro soccio, o meglio questi due nuovi socci (dacchè il soccio a colonìa, di cui si occupa il § 2, è diverso da quello detto *di ferro*, che è l'oggetto del § 1) differiscono grandemente dal semplice e da quello a metà, anche dati al colono o fittaiuolo, per la loro durata; dappoichè per questi è di tre anni (art. 1815 e 1820 (1661 e 1666)), mentre per quelli dura quanto lo affitto o la colonìa, di cui il soccio è un accessorio e una parte (art. 1821 e 1829 (1667 e 1675)).

Sette sorta di socci riconosce il Codice; quattro le abbiamo di sopra spiegate, la quinta e la sesta si spiegheranno nei due paragrafi della nostra sezione, e l'ultima nella seguente sezione: ciò sono: — 1° il soccio semplice, dato ad un estraneo; — 2° il soccio semplice, dato al fittaiuolo o al colono; — 3° il soccio a metà, dato ad un estraneo; — 4° il soccio a metà dato al fittaiuolo o al colono; — 5° il soccio di ferro; — 6° il soccio a colonìa; — 7° infine, il soccio impropriamente detto.

§ 1. — *Del soccio dato al fittaiuolo.*

1821 (1667). — Questo soccio, chiamato ancora *soccio di ferro*, è quello col quale il proprietario di un podere lo concede in affitto, a condizione che alla fine di esso il fittaiuolo lasci animali di valore eguale al prezzo della stima di quelli che avrà ricevuti.

1822 (1668). — La stima del bestiame consegnato al fittaiuolo non gliene trasfe-

risce la proprietà; ma nulladimeno la pone a suo rischio.

1823 (1669). — Tutti i guadagni appartengono al fittaiuolo durante il suo affitto, quando non vi sia patto in contrario.

1824 (1670). — Ne' socci contratti col fittaiuolo il letame non cede a suo profitto particolare, ma appartiene al podere locato, nella coltura del quale dee unicamente impiegarsi.

1825 (1671). — La perdita del bestiame, anche totale ed avvenuta per caso fortuito, ricade interamente a danno del fittaiuolo, se non sia diversamente pattuito.

1826 (1672). — Nella fine dell'affitto il fittaiuolo non può ritenere il bestiame compreso nel soccio, pagando il valore della stima primitiva, ma dee lasciare bestiame di egual valore di quello che ha ricevuto.

Se vi è mancanza, dee pagarla, e soltanto gli appartiene ogni avanzo.

SOMMARIO

I. Soccio di ferro. È una parte dell'affitto del podere; conseguenze. Perchè dicesi soccio di ferro.
II. Dritti di colui se il locatore cederebbe l'armento dei creditori di lui e di quelli del locatario.
III. Differenze fra il soccio di ferro, *il soccio semplice dato ad un estraneo e quello semplice dato al fittaiuolo.— Il* soccio di ferro *può essere modificato per* convenzione.

I. — Il soccio di *ferro*, mal definito nell'art. 1821 (1667), è quello col quale il proprietario di un podere lo concede insieme con un bestiame addetto alla sua cultura, e che n'è l'accessorio ed una parte integrante. Non è, come dice il testo (che confonde la colonìa e lo affitto di un podere, mentre distingue sempre il colono parziario dal fittaiuolo) non è il fitto dell'immobile (dacchè il soccio non riguarda cose immobili); è lo affitto del bestiame addetto all'immobile, è un affitto in secondo ordine ed accessorio a quello principale del podere, o meglio, non evvi che unico fitto, quello del podere e del bestiame, del podere col bestiame addettovi. Siccome il podere è affittato così col bestiame che ne fa parte, e il fittaiuolo gode necessariamente di questa parte dello stesso modo e titolo che delle altre, ne segue da una mano che il locatario, a differenza di ciò che ha luogo negli altri socci, prenderà solo tutti i guadagni del bestiame, e d'altra mano, che il soccio di ferro è vera e pura locazione, che non partecipa affatto del contratto di società. Quando si dice che egli ha tutti i guadagni del bestiame, s'intende che il letame sarà pure esclusivamente suo, ma con l'obbligo d'impiegarlo a concimare le terre del podere, alla cui cultura è destinato.

Al termine dell'affitto, il locatario dee restituire il podere quale lo ha ricevuto e fornito in conseguenza, non dello stesso identico bestiame, ma di altro del medesimo valore. Per ciò si stima il bestiame al principio del fitto, si stima nuovamente al termine di esso, e se v'è manco [illegible] nel numero degli animali, essendo indifferente, poichè deve solo riguardarsi il valore), il fittaiuolo deve pagare al locatore la differenza. Se vi è un dippiù, è di lui certamente, dacchè esso è un guadagno del bestiame, una parte del ricolto del podere; or questo soccio dicesi *soccio di ferro*, bestiame di *animali di ferro*, perchè il fittaiuolo è obbligato a restituirlo uscendo dal fondo, per cui la stima [illegible] che non lo ha fatto proprietario, lo mette a suo rischio e pericolo, posto anche che tutto venisse meno per caso fortuito, per modo che il locatore a cui spetta, non può vederlo perire per conto suo; perchè, come diceva Beaumanoïr (cap. 66), *non può morire pel suo padrone: perire non potest domino* (1).

(1) Il fittaiuolo è vero può essere scaricato del rischio con la convenzione (art. 1825 (167[illegible]

II. — Il locatore che rimane proprietario dei bestiami come del podere, di cui sono accessorî, può quindi alienarli siccome l'immobile stesso; se non che l'acquirente ha l'obbligo, se lo affitto ha data certa, di mantenere l'affitto per gli uni come per l'altro, dappoichè quei bestiami, immobilizzati per destinazione (art. 522 (445)), sono regolati, come è con l'immobile di cui sono accessorio, dall'art. 1743 (1589). Il locatario non ha sovr'essi un diritto reale, come a torto fu detto da Troplong (III-1225) che qui riproduce lo strano errore da noi più volte confutato; ma l'acquirente come noi dimostrammo sotto l'art. 1743 (1589) e altrove, ha l'obbligo di dar esecuzione all'affitto consentito da chi aliena. Parimente i creditori del locante non potrebbero pignorare e far vendere il soccio che insieme col podere, e col carico del l'aggiudicatario di mantenere lo affitto e per l'uno e per l'altro.

I creditori del locatario non potrebbero pignorare che lo accrescimento che gli appartiene.

III. — Abbiamo di sopra detto, sotto la rubrica di questa sezione, che il soccio di ferro differisce anche dal soccio ordinario dato al medesimo fittaiuolo.

Infatti, quando il proprietario di un podere loca al suo fittaiuolo un bestiame, ma indipendentemente dall'affitto del podere, la convenzione, a differenza del soccio fatto con un estraneo, può riserbare al locante una porzione del latte, letame e del lavoro degli animali, perchè a lui appartengono, e da lui saranno riparati e mantenuti i luoghi servienti per il bestiame: ma come qui il soccio non fa parte dello affitto del podere, che esiste indipendentemente e cesserà separatamente come è principiato, non saranno applicate le regole della nostra sezione, ma quelle della seconda. Così non solo, ove manchi la convenzione, non durerebbe per sei, otto, dieci anni o più che lo affitto deve durare, per finire con esso secondo gli art. 1821 e 1826 (1667, 1672), ma cesserebbe a capo di tre anni, secondo l'art. 1815 (1661), e non sarebbe a rischio del locatario per la intera perdita, non gli darebbe che la metà dei grossi guadagni, ec. In breve, essendo due fitti distinti e separati, l'uno per il podere, e l'altro per il bestiame, ognuno avrà le sue regole a parte. Se non che, essendo il locante e il locatario del soccio locante e locatario del podere che deve riceverlo, le regole ordinarie saranno derogate in questi punti: 1° che il locante può attribuirsi una parte del latte, del letame, e del lavoro degli animali; 2° che se lo affitto del podere, nel tempo che si stabilisce il soccio, dovesse durare meno di tre anni, il soccio sarebbe riputato fatto per questo termine più breve, dacchè naturalmente vi sarebbe una tacita convenzione di farlo cessare ad un tempo che l'altro, 3° infine che il letame spettante al fittaiuolo dovrà essere impiegato da lui sul suo podere, perciocchè da una mano, stante le circostanze e la rispettiva condizione delle parti, non si può loro supporre un altro intendimento, e che d'altra mano, il guadagno indiretto che deriverebbe da tale impiego per il locante non è interdetto, prendendosi sul letame, e versando qui in una ipotesi in cui il locante può riserbarsi una parte del detto letame.

Abbiamo veduto negli art. 1823 e 1825 (1669 e 1671) che il soccio di ferro, quale è costituito dalla legge, può essere modificato dalla convenzione delle parti. Così, si può stipulare che il locatore prenderà una porzione dei grandi e piccoli guadagni (1823 (1669)), che il locatario non sosterrà solo od anche per nulla la perdita totale per caso fortuito (1825 (1671)); e in senso inverso, che il locatario sarà ob-

lora il soccio perisce pel padrone, *perit domino*; ma si deroga al dritto comune e non è più un soccio di *ferro*. Giusto è ciò che dice Beaumanoïr intorno a questo termine, e tutti gli scrittori, eccettone Troplong, a torto ne scorgono la ragione in questo fatto, che l'armento che fa parte del podere, gli è *attaccato* e come *incatenato*; e ne è prova che il soccio del colono che fa anche parte della colonia e le è medesimamente attaccato, non è stato mai chiamato di *ferro*, perchè perisce sempre per il locatore.

bligato, al termine dell'affitto, di lasciare un soccio maggiore di quello ricevuto; il soccio essendo allora una parte e una delle clausole dello affitto del podere, i carichi e vantaggi che potrebbero parere esorbitanti nel primo considerato in sè stesso si suppongono compensati in tutto insieme il contratto, massime per la somma m[illegible] giore o minore dello estaglio (1).

§ 2. — *Del soccio dato al colono parziario.*

1827 (1672). — Se il bestiame a soccio perisca interamente senza colpa del colono, la perdita è a danno del locatore.

1828 (1674). — Si può stipulare che il colono ceda al locatore la sua parte della lana tosata, a prezzo minore del valore ordinario; che il locatore abbia una porzione maggiore nel guadagno; che abbia la metà del latte; ma non si può stipulare che il colono debba soffrire tutta la perdita.

1829 (1675). — Questo soccio finisce quando termina la colonìa.

1830 (1676). — Nel rimanente è sottoposto a tutte le regole del semplice soccio

I. — Il soccio a colonìa è un accessorio della colonìa, come il soccio di ferro lo è dello affitto del podere; e siccome il fittaiuolo in questo, con l'estaglio che paga, raccoglie tutto ciò che il podere produce, e gode del bestiame di cui è fornito, così il colono parziario nell'altro, prende la metà dei guadagni del bestiame al pari che la metà dei frutti del fondo.

Oltre questa prima differenza per la quantità dei guadagni, il soccio a colonìa ha quest'altra dal soccio di ferro, che il fittaiuolo, come abbiamo veduto, soffre per intero la perdita, anche totale, mentre il colono parziario soffre ei solo, per la metà, la sola perdita parziale, nè si [illegible] stipulare diversamente. D'altro canto [illegible] sto soccio differisce da quello semplice [illegible] ad un estraneo in tre punti. Infatti si [illegible] per esso stipulare (il che non è per [illegible]

(1) Su questo proposito ci sorprende che Troplong discuta (III-1222) la dottrina di antichi teologi i quali pretendevano essere iniquità il soccio di *ferro*, quando il locante chiede per lo affitto una somma maggiore che se fosse il podere senza animali, perchè — dicevano — i vantaggi da cavarsi dal bestiame sono del tutto pagati dall'obbligo di sostenerne le perdite... Simiglianti idee non si confutano; se ne nota il ridicolo, non si discutono. Come, l'eventualità che si corre di sostenere per caso fortuito la perdita di un bene pagherebbe abbastanza i vantaggi ch' esso procura! Vi sarebbe equazione fra la eventualità di perdere, e il valore risultante dal suo possesso! Dunque il donatario che riceve un fondo in dono, lo paga, poichè acquistandolo per sempre si sobbarca all' evento di poterlo perdere! Come, il podere che io ragionevolmente affitterei per 4,000 franchi senza bestiame, dovrò anche affittarlo per il medesimo prezzo, quando avrò pagato 12,000 fr. per gli animali! Io non potrò nei dodici, quindici o venti anni di fitto essere ristorato della perdita di godimento dei miei 12,000 fr., sotto il pretesto che il fittaiuolo si obbliga a restituirmi il bestiame al termine dell'affitto, se pure perisse per caso fortuito! Forse che obbligandosi a restituirmi il mio capitale, [illegible] paga la mia perdita di godimento per quindi[illegible] venti anni? Forse se ei stesso avesse pagato i [illegible] mila fr. per comprare a sue spese il bestiame che col mio danaro gli ho fornito, non avrebbe [illegible] lo evento di una perdita? L'equità non vuole che io pretendessi tal prezzo, quasi che non mi fosse garantita la perdita; ma certo ho dritto ad un prezzo per questo solo, che se l'evento di una perdita [illegible] valore intrinseco dei beni, non l'assorbe per [illegible] ro; se no, sarebbero dalla morale vietate tutte [illegible] vendite, e non si potrebbe far altro che donar[illegible] Simiglianti idee — lo ripetiamo — non meritano di[illegible] scussione. La teologia è una bella, anzi la più bella delle scienze, quando è trattata degnamente, e [illegible] da certi scrittori ignoranti e di corto vedere [illegible] spesso l'hanno ammiserita, i quali qui dicono [illegible] è vietata la stipulazione di un prezzo per la [illegible] zione a soccio, mentre poi ne dicono esser[illegible] messo uccidere un uomo onde impedire ch[illegible] blicasse un atto disonesto che si è comm[illegible] me anche insegnano questa idea (sacrileg[illegible] fosse insulsa) che *Cristo avrebbe potuto* [illegible] *anzichè uomo* (Vedi il nostro t. I, p. 2[illegible] (270), n. III).

ɩermesso); 1° che il locatore avrà la del latte ; 2° che avrà più di metà bestiame, e massime che il locatario ·ilascerà la sua porzione di lana per ·rezzo minore del suo valore ordinario; nfine, è riputato fatto, ove non vi sia 'enzione, non per tre anni, ma per tutto :mpo che dura la colonìa parziaria di è accessorio. Questo soccio non è stato detto *di ferro*, perchè nella colonìa il tiame, benchè attaccato alla colonìa come è al podere nel paragrafo precedente, non è mai tutto a rischio del locatario, e per ciò *vien meno per il padrone* in parte (ed anche nella maggior parte, dacchè questi risente solo la perdita totale).

Del resto, esso differisce dal soccio dato al medesimo colono, ma indipendentemente dalla colonìa, nell'ultimo dei tre punti sopraddetti; avvegnachè fossero comuni i due altri, come si è veduto sotto l'art. 1819 (1665), e quindi valgono per esso le regole del soccio semplice ed ordinario.

SEZIONE V.

DEL CONTRATTO IMPROPRIAMENTE DETTO SOCCIO.

1831 (1677).— Quando si dà una o più cche perchè sieno custodite ed alimen-.e, il locatore ne conserva la proprietà; egli ha soltanto il guadagno de' vitelli che nascono.

I. — Questo contratto, le cui norme funo dettate da Pothier, e che era frequente ·ll'Orleanese, non è propriamente un soco, non riguardando un bestiame; ma ı molta analogia con esso, e porge, checıè ne abbiano detto Pothier ed altri scritri, alcuni caratteri della locazione e della ›cietà; della prima, dacchè il locatario prea i suoi servigi per mantenere, alimentare prender cura delle vacche; della secona, dacchè vi ha un oggetto (le medesime acche) di cui le due parti si dividono i ›rofitti, apprestando l'uno l'oggetto stesso, 'altro le cure e i lavori necessarî per caarne il profitto.

Il primo che è in obbligo di mantenere, ılimentare e prender cura delle vacche, il cui accrescimento è pel locatario, deve pur nutrire i vitelli fino all'età di tre o quattro settimane, cioè fino a che possano essere svezzati. Egli raccoglie per se il dippiù del latte e del letame, perchè fornisce anche le paglie per lo strame (potrebbesi anche convenire ch'egli avrà la metà dei vitelli, risentendo per metà la perdita delle vacche). La cura delle vacche ammalate è a spese del locatore, non del locatario che è tenuto soltanto alle spese ordinarie. Se non si è convenuta la durata dell'affitto, ciascheduna delle parti può prendere o riprendere le vacche a suo talento, purchè ciò sia fatto a tempo opportuno (nn. 72-77).

SUNTO DEL TITOLO OTTAVO.

DEL CONTRATTO DI LOCAZIONE.

I. — Il Codice comprende col nome di locazione due specie di contratti diversi, di cui l'uno è pura locazione, e l'altro è un misto di locazione e di società. Tratteremo specialmente di ognuna di esse in due parti; nella prima, della locazione perfetta, nella seconda, della imperfetta (articolo 1708-1711 (1554-1557), n. I).

PRIMA PARTE

DELLA LOCAZIONE PERFETTA.

II. — La locazione pura o perfetta è un contratto con cui uno che dicesi locante, si obbliga far godere di una cosa, o del suo lavoro, o della sua industria, un altro che dicesi locatario e che si obbliga a pagargli il prezzo del godimento. Infatti vi ha locazione di cose, e locazione di opere e d'industria; nell'una e nell'altra è sempre il locante quei che procura il godimento, e il locatario quegli che paga. La quale idea, per rispetto alla locazione di opera, è stata sempre mal compresa: in Roma, gli Ulpiani, i Gaji ed altri; nel nostro antico dritto, Cujacio, Domat e Pothier; e nei nostri giorni, parecchi illustri giureconsulti, hanno insegnato, ora, che ciascheduno de' contraenti è in questo caso locante e locatario ad uno stesso tempo, ora, che locante è quegli che primo ha proposto il contratto, ora infine, che locante è sempre quegli che paga il prezzo, e locatario quei che lo riceve. Stranissime idee, e chi ben riflette scorge evidentemente che *dare a locazione* un oggetto vale farne godere per un certo tempo mercè uno stabilito pagamento; e perciò l'architetto che fabbrica o ristora la mia casa, il facchino che sgombera i miei mobili, il custode del mio bestiame sono miei locanti, ed io loro locatario, avvegnachè mi procurino il godimento del loro lavoro ed industria, così come io fo godere lo affittuale del mio podere. Indarno si è detto con un giuoco di parole non degno di persone gravi, che lo architetto, il facchino, il custode del bestiame, sono locatarî ed io locatore, perchè io *dò* loro, ed essi *ricevono* in questo caso *la casa* da ristorare, i *mobili* da trasportare, il *bestiame* da custodire! Come se questa teoria fosse meno risibile, perchè stata professata per tanti secoli, e professata oggi e sostenuta da insigni uomini. Essa è tre volte falsa; e da una mano, io non dò a locazione, non dò a godere la mia casa, i miei mobili, il mio bestiame. E poi non sarebbe che una locazione di cose, e non mai una locazione di opere. Infine qual sarebbe il prezzo di tal pretesa locazione? L'architetto, l'incaricato e il guardiano del bestiame non mi pagheranno per la mia casa, i miei mobili, e il bestiame che io *dò loro*, come voi dite; sono io per l'opposto che li pagherò. Strana locazione invero, nella quale il locante darebbe e cosa e prezzo, e il locatario riceverebbe e cosa e prezzo! La sana logica ci insegna che evvi un solo oggetto dato in locazione, un oggetto che dall'uno si dà a godere e dall'altro si paga, cioè il lavoro e l'industria di colui che s'impiega, e perciò il locatore è colui che offre il suo lavoro.

Dunque il Codice, non di arbitrio, ma giusta le regole della più sana logica, ha stabilito la seguente proposizione *del rapporto* al Tribunato: « Le cure, *i servigi*, il lavoro e l'industria sono la materia del contratto di locazione ». Sono queste le cose che si dànno in locazione, che si pagano. Dunque il guardiano, il domestico, l'artigiano, l'operaio, l'intraprenditore, sono locanti, e locatari coloro che li pagano (articoli 1708-1711 (1554-1557), n. III).

III. — Ogni sorta di locazione può farsi o a voce o per iscrittura. Per alcune ci vuole la scrittura, ed anche più severamente che nelle altre convenzioni, per la pruova del contratto; ma non mai per rispetto alla validità del contratto che è sempre efficace, sebbene a voce, tostochè si ritiene per esistente (art. 1714 (1560)).

Stabiliti i principî comuni alle due classi di locazioni, trattiamo mano mano della locazione delle cose e della locazione di opere.

CAPITOLO PRIMO

DELLA LOCAZIONE DELLE COSE

IV. — La locazione delle cose ha molta analogia con la vendita, da confondersi con essa, sebbene poi grandemente ne differisca, perciocchè per quella non si trasferisce la proprietà, non se ne assicura per sempre il godimento, ma soltanto se ne procura un temporale godimento. Quando vi cedo per un prezzo il dritto di raccogliere per qualche anno il ricolto di quel fondo, evvi forse una locazione del fondo ovvero una vendita di frutti? La è una quistione che si deciderà secondo le circostanze; ma bisogna dire, contro all'opinione di Pothier, che è di molto peso il pagarsi o pur no il prezzo a periodi, poichè il prezzo degli affitti si paga a periodi, come i frutti che rappresenta (1713 (1559), I).

V. — La locazione, al pari della vendita, ha bisogno di tre indispensabili elementi: *res*, *pretium et consensus*.

Res. Generalmente si ponno locare tutte le cose in commercio; tranne alcune la cui indole è contraria alla locazione. Una servitù reale non si potrebbe locare che insieme col fondo cui è inerente, non potendo esistere indipendente da quello; nemmeno possono locarsi, per un testo formale, i dritti di uso ed abitazione. Le cose di consumo possono soltanto locarsi come accessori di altra cosa (eccetto che la locazione non sia fatta *ad meram ostentationem*), dacchè la cosa locata deve rimanere in proprietà del locatore e tornare a lui dopo un determinato tempo, laddove nel nostro caso il preteso locatario godrebbe della cosa consumandola. Non è il medesimo per l'usufrutto che la legge, per una speciale finzione, ha permesso si stabilisse sulle cose di consumo; ma non si è fatta una simile finzione per la locazione, per la quale era inutile, avvegnachè fosse unicamente necessaria per il testamento; ma la locazione è un contratto, e non potrebbe farsi mercè un testamento.

Si può locare anche le miniere; se non che non lo si può in parte senza l'autorizzazione del Governo. La legge è vero vieta per testo la *divisione* delle miniere; ma con ciò si è voluto impedire si dividesse il cavamento delle miniere, più ancora che la loro proprietà, e per questo gli scrittori e la camera civile della Corte suprema hanno disapprovato la contraria dottrina di un grave scrittore e di una decisione della camera dei ricorsi.

Pretium. Il prezzo, checchè ne dicano alcuni scrittori anteriori e posteriori al Codice, può essere, non solo in danaro, ma anche in derrate che le parti hanno inteso pareggiare al danaro. Lo stesso è nella vendita, come noi vedemmo nel titolo precedente; molto più deve essere nella locazione; infatti in Francia è comunissimo cotesto modo di pagamento. Il prezzo, come nella vendita, può essere rimesso all'arbitrio di un terzo, e se fosse da scherzo, non vi sarebbe locazione; ma per quanto poco sia, non si può mai rescindere una locazione.

Consensus. Il consenso è come sempre l'essenza stessa del contratto, e deve darsi da persona capace. Ma è persona capace di fare una locazione il proprietario apparente? Rispondiamo del sì, non ostante il contrario avviso di alcuni scrittori, avvegnachè la locazione fosse un atto di amministrazione, e lo stesso dritto antico, che molto meno del Codice prestavasi a mantenere gli affitti, riteneva per valido quello affitto (1713 (1559), nn. II-IV).

Premesse queste generali osservazioni, veniamo ora a trattare: 1° delle regole comuni, o a tutti gli affitti delle cose, o a quelli delle case e dei fondi rustici; 2° delle regole peculiari alle locazioni delle case; 3° infine delle regole particolari alle locazioni dei fondi rustici.

SEZIONE PRIMA

DELLE REGOLE COMUNI A TUTTE LE LOCAZIONI DI COSE, A QUELLE DELLE CASE, E DEI BENI RUSTICI

VI. — *Della pruova dell'affitto.* — La pruova degli affitti di cose mobili, ove siavi contesa, farebbesi conforme ai principî generali, cioè mercè la pruova testimoniale fino a 150 fr., e oltre a tal somma quando vi sia un principio di pruova per iscritto. I 150 fr. non si calcolano dalla somma di un anno, ma dalle somme di tutti gli anni che dura l'affitto. La pruova di un affitto d'immobile, o del suo prezzo, o della sua durata, non può mai farsi per testimoni, siane il valore minore o maggiore di 150 franchi, vi sia o no principio di pruova per iscritto.

Due scrittori negano che non possa affatto ammettersi la pruova testimoniale; insegnano al contrario che sia permessa, anche per un valore oltre i 150 fr., secondo l'uno, e sino a 150 fr. o quando vi sia un principio di pruova per iscritto, conforme ai principî generali, secondo l'altro, allorchè dall'una delle parti si vuol provare non solo l'esistenza, ma altresì la esecuzione del preteso fitto negato dall'altra. Gli è certamente un errore. Da una mano infatti, la legge che vieta la pruova testimoniale, quand'anche non si contrasti lo affitto, intorno al suo prezzo, non può ammetterla poi quando si contende sulla esistenza dell'affitto. D'altra parte, sorge ben chiaro e dai testi combinati, e dai lavori preparatorî che il Codice, parlando di un affitto che ha ricevuto *esecuzione*, intende di una esecuzione incontrastata e non già di una supposta esecuzione. E poi pruovandosi per testimoni la pretesa esecuzione di un fitto non riconosciuto, non si pruoverebbe per testimoni il fitto stesso? Gli è per questo dunque che la Corte suprema ha condannato cotesta dottrina.

La pruova nei sopraddetti casi, mancando la scrittura, si può fare: 1° per la questione dell'esistenza dello affitto, col deferirsi il giuramento alla parte avversa, od anche, sebbene siasi ciò negato, coll'interrogatorio sopra fatti ed articolati, autorizzandolo la legge in *ogni materia*; per il prezzo di un fitto riconosciuto, con le quitanze, e in loro mancanza, col giuramento del proprietario, tranne che il locatario non preferisca una perizia, di cui pagherebbe le spese, se il prezzo stabilito dai periti eccedesse quello ch'egli avrebbe dichiarato (per modo che in questo caso giova non indicare alcuna somma). Quanto alla durata, essa è determinata dalla legge medesima, come vedremo. — La pruova delle altre condizioni dell'affitto non stabilite dal Codice, si farebbe secondo il diritto comune (1715-1716 (1561-1562), nn. I-III).

VII. — *Delle sullocazioni e cessioni di affitto.* — Per dritto comune, ogni locatario può sullocare, in tutto o in parte, la cosa statagli locata, ed altresì cedere, in tutto o in parte, ad altri il suo dritto di affitto. Mercè la cessione, il terzo è posto in luogo del locatario cedente, acquistando i dritti di costui, cotalchè i suoi dritti sono maggiori o minori, secondochè le clausole del contratto di affitto essi sono stati ristretti od estesi. Nella sullocazione per l'incontro, il terzo diventa locatario non già del proprietario, bensì del locatario; egli ha i dritti di ogni locatario, tranne che non vi sia alcuna convenzione contraria; cotalchè egli non dovrebbe rispettare quei restringimenti al dritto comune che al suo locatore furono imposti, nè godere di quei maggiori diritti ch'egli avrebbe ottenuti dal proprietario. Ma ciò si applica solo fra il locatario e il sullocatario, e non già rispetto al primo locante, i cui dritti non potrebbero essere menomati da una convenzione che è per lui *res inter alios acta* (1717 (1563), I).

VIII. — Il sullocatario, perchè occupa luoghi appartenenti al locatore, è obbligato personalmente verso costui, se non si è stato pagato, ma solo per ciò che deve al suo

:atario. — Il sullocatario che ha il lo- ate per suo secondo creditore, non è iuto a pagare il locatario innanzi il ter- ne, per cui sarebbe come non fatto per locante il pagamento anticipato, tranne e questi non sia stato pagato dal loca- io. Per altro, non si reputano anticipati ei pagamenti fatti pria del termine per a clausola del subaffitto, o conforme al- sanza locale. Un cessionario dell'affitto, r ciò che dovrebbe al cedente, sarebbe milmente diretto debitore del locatore non agato dal cedente.

Se il dritto del locatario si sciogliesse er mancato pagamento, verrebbe anche isoluto il dritto del sullocatario o del ces- ionario. Costoro mal si opporrebbero, col ire, come han fatto due scrittori, che deb- ano conservarsi gli affitti consentiti da n proprietario di cui si risolverebbe il iritto; dappoichè colui che ha tolto in af- itto da un proprietario, ha dovuto fare as- egnamento per tutta la durata dell'affitto, addove trattando con un locatario ben sa- eva che ei non poteva godere dell'affitto he secondo le obbligazioni consentite dal ocatario verso il locante, e però potrebbe chivare che si risolva il suo dritto sobbarcan- osi alle obbligazioni di quello. Perciò dun- ue è stato così deciso dagli scrittori e dalla iurisprudenza (1753 (1599), I e II).

IX. — Una clausola del contratto di af- itto può togliere al locatario la facoltà di ullocare o cedere; il divieto della sullo- azione abbraccerebbe la cessione, e vice- ersa; avvegnachè la sullocazione e la ces- ione differissero grandemente fra loro per ispetto al locatario e al terzo, ma non er rispetto al locante, estraneo alla con- enzione, che contro il suo volere vede pas- are la cosa sua in mani di un terzo, sì ol secondo che col primo atto; e perciò l divieto dell'uno comprende l'altro come è ritenuto dagli scrittori e dalle decisioni. Del resto, il divieto puro e semplice, e quindi assoluto, di sullocare o cedere impedirebbe (siccome il divieto di sullocare *anche in parte*) qualunque sullocazione o cessione, parziale o totale, checchè ne abbia detto uno scrittore, avvegnachè ogni disposizione assoluta dovesse generare un effetto assolu- to; ma il divieto di cedere o sullocare *per intero* non comprenderebbe la cessione o sullocazione in parte.

Gli è del pari manifesto, benchè il me- desimo scrittore opini diversamente, che il più assoluto divieto di cedere e sullo- care non toglierebbe la facoltà al locatario di prestar la sua casa ad un amico; es- sendo il prestito diverso della sullocazione o cessione, generalmente più raro, molto meno lungo e meno pericoloso, poichè u- sando gratuitamente di una cosa si usano maggiori riguardi che se l' uso fosse pa- gato; non si può dunque estendere il di- vieto da una ad altra ipotesi, e se il lo- catore voglia proibire anche il prestito, deve dichiararlo nel contratto.

Contravvenendo gravemente al divieto scritto, si può fare sciogliere il contratto; valuterà il magistrato secondo le circostanze se debba o no pronunziarsi lo scioglimen- to. Non vi sarebbe più divieto se vi fosse una convenzione contraria, o espressa o tacita, la quale si pruoverebbe secondo il dritto comune, tranne che per una clau- sola si richiedesse il consenso per iscritto. In questo caso lo scritto sarebbe necessa- rio anche al di sotto dei 150 fr. (1717 (1563) II e III).

X. — *Delle obbligazioni del locante.* — Tre sono gli obblighi del locante: 1° di rilasciare la cosa; 2° di conservarla du- rante lo affitto; 3° di farne godere il lo- catario durante il medesimo tempo.

Il locante deve rilasciare la cosa, insie- me coi suoi accessori, e tutto in buono stato. Del resto, il rilascio della cosa è essenziale al contratto, dacchè non vi può esser locazione senza rilascio della cosa locata; il rilasciare gli accessori, e tutto in buono stato, è dell'indole sua; avvegna- chè per una speciale convenzione si po- tesse conservare gli accessori al locante, e il locatario soggiacere a prendere la cosa nel cattivo stato in cui si trova.

Ma vanno compresi fra gli accessori e dipendenze dei beni rustici, la caccia che vi si trova, e quindi attribuiscesi al fittaiuo- lo, non essendovi convenzione, il dritto di

cacciare in quei beni? No di certo; e tranne due eccezioni che noi indicheremo più giù, si ritiene comunemente che al proprietario resti esclusivamente il dritto di caccia, e ciò secondo ragione e il dritto positivo. Secondo ragione, poichè la caccia non è nè un ricolto dei frutti del fondo, nè una cosa necessaria alla cultura di esso, ma un semplice esercizio di piacere, che come è insieme con ogni altra cosa di piacere, fa naturalmente parte delle riserve del proprietario. Secondo il dritto positivo, perchè la legge, accordando il dritto di distruggere la caccia nocevole (che è diverso dal dritto di caccia, essendo questo permesso in un tempo determinato, e l'altro sempre, e d'altra mano l'uno si esercita, sia poca o molta la caccia, massime quando non vi hanno ricolti, laddove l'altro può esercitarsi solo onde preservare i ricolti quando sciami considerevoli di animali li minaccino), la legge diciamo, accordando questo dritto ai *proprietarî*, ai *possessori* (usufruttuarî) ED ANCHE *ai fittaiuoli*, accorda sempre il dritto di caccia, nelle sue diverse disposizioni, ai soli *proprietarî*, o *possessori*.

In principio dunque il dritto di caccia spetta al solo proprietario; ma cesserebbe il principio: 1° nel caso di un affitto di un terreno, la cui caccia sarebbe una principale branca di rendita; 2° in una locazione che abbia per iscopo la delizia di un fondo.— La pesca come la caccia appartiene al proprietario per medesimezza di ragione; al quale principio si fa eccezione per le due cause già indicate, la seconda delle quali è stata alle volte sconosciuta (**1719** (**1565**)-I).

XI. — Il locante deve in secondo luogo mantenere la cosa, per tutta la durata dell'affitto, adatta all'uso cui è destinata. Al locatario che entra nel godimento, deve rilasciare la cosa in buono stato di riparazioni di *ogni sorta*; durante lo affitto egli deve fare le riparazioni che non siano le locative, le quali sono a carico del locatario. Riparazioni locative diconsi quelle di piccola manutenzione, purchè la loro necessità provenga o si creda provenire dall'uso abusivo e smodato fattone dal locatario. La legge, anzichè indicarle singolarmente, chè sarebbe riuscita necessa[illegible]mente incompleta, se ne riferisce cu[illegible]gione all'uso dei luoghi, porgendone [illegible] alcuni esempî (**1749**-II, **1754** (**1565**-**16**[illegible]

Infine il locante deve procurare a[illegible]tario, durante la durata dello affitto, [illegible]cifico godimento della cosa. Egli deve [illegible] *godere*, cioè deve compiere tutti i fa[illegible] atti necessarî per procurargli costante[illegible] il godimento pacifico e completo, e co[illegible] buona ragione astenersi da tutti quelli [illegible] potrebbero menomamente impedire, [illegible]mare o inviziare in checchessia questo [illegible]desimo godimento (**1719** (**1565**)-III).

XII. — Dal principio sopra esposto, se[illegible]gue che il locante debba garantire il loca[illegible]tario di tutti i vizî o difetti che impedi[illegible]scono l'uso a cui è destinata la cosa, ab[illegible]biali o pur no conosciuti al tempo del contratto, esistessero allora o fossero do[illegible] sopravvenuti. In ogni caso il locatario, se i difetti o vizî fossero molto gravi, potrebbe far dichiarare lo scioglimento, e non pagare affatto la pigione. Inoltre il locat[illegible] dovrebbe pagare al locatario i danni-[illegible]ressi, se questi avesse sofferto un dan[illegible] e se il primo avesse conoscenza dei [illegible] o fosse in colpa. Secondo noi, bisogna [illegible] il locante sia in colpa. È vero che la [illegible] nulla dice su ciò, e che una *decisione* [illegible] camera dei ricorsi ha giudicato il co[illegible]rio, ma questa soluzione non può am[illegible]tersi. Essa non solo è contraria al dr[illegible] romano e al nostro antico dritto, ma è co[illegible]dannata pure dai principî del Codice, p[illegible]chè la contraria dottrina è la sola che possa risultare dal dritto comune, o dall'analogia della locazione colla vendita (articolo 17[illegible] (**1567**)).

XIII. — Il locatore, obbligato non solo a lasciar godere il locatario, ma a farlo godere, deve garantirlo dei casi fortuiti che lo privino o gli scemino il godimento. Così, se la cosa perisca interamente, lo affitto sarà immediatamente sciolto e il locante non potrebbe obbligare il [illegible]catario a continuare lo affitto dopo r[illegible]biliti i luoghi, come nè quest'ultimo [illegible]trebbe costringere il primo a farli [illegible]bricare. Se la perdita sia parziale, [illegible]

tario può o sciogliere il contratto, o continuare lo affitto facendone scemare il prezzo in proporzione della perdita. Egli in questo caso, volendo continuare nello affitto, può pretendere che si riparino i luoghi danneggiati, ma non mai che si rifabbrichino quelli distrutti; e questa idea così semplice è stata confusa dagli scrittori, per non saper distinguere le opere di rifabbricazione dalle semplici riparazioni (1722 (1568)-I).

Se il caso fortuito non distrugga materialmente la cosa, ma la renda in tutto o in parte in istato da non poter servire all'uso per cui era destinata, il locatario, se non si fosse gravato nello affitto dei casi fortuiti, potrebbe, secondo le circostanze, o far dichiarare sciolto lo affitto, od ottenere uno scemamento di prezzo, o non pagarne affatto di presente. Così avverrebbe, per modo d'esempio, quando venisse chiusa la strada su cui era posto un albergo, poichè allora l'immobile non è più adatto a quella destinazione; non così se il locatario di una fabbrica di zucchero vedesse aumentati da una legge i dritti di fabbricazione dello zucchero, poichè l'immobile non è affatto modificato da quella legge, ma rimane sempre la fabbrica che prima era, capace quindi come prima di dare gli stessi prodotti (*ibid.*, II).

Or siccome, quando la cosa sopra una perdita parziale, p. es. quando una parte notevole di un campo venga trasportata dalla violenza delle acque, il locatario potrebbe fáre sciogliere il contratto o scemare il prezzo, così per giusta reciprocanza bisogna riconoscere, non ostante le controversie fatte intorno a ciò, che se la cosa crescesse per caso fortuito, il locatario dovrebbe subire un accrescimento di prezzo, salvo il suo dritto per lo scioglimento (*ibidem*, III).

XIV.—L'obbligazione del locante di fare durante lo affitto tutte le riparazioni abbisognevoli, che spesso potrebbero menomare o anche rendere impossibile il godimento del locatario, sarebbe in urto coll'obbligazione di far godere pacificamente il suo locatario. Or ecco come la legge combina queste due idee. — Se le riparazioni non siano urgenti e possano differirsi senza pericolo sino al termine del contratto, il locatario può negarsi che si eseguano durante il suo godimento. Se si fanno le riparazioni, e il locatario sia privato interamente del suo godimento, potrà far risolvere lo affitto, sebbene quelle durino per poco tempo. Se ne sia privato in parte, egli non potrà far disciogliere il contratto, e non potrà nemmeno pretendere scemamento di una porzione di pigione, se le riparazioni durino meno di quaranta giorni. Lo scemamento si calcolerà sull'intera durata della privazione, e non già, come insegna uno scrittore, sul dippiù dei quaranta giorni accordati. Il testo medesimo della legge, il rapporto al Tribunato, e specialmente la giurisprudenza del Castelletto stabilita dal Codice come regola legale, non lasciano il menomo dubbio intorno a ciò (art. 1724 (1570)).

Inoltre il locatore non può mutare la forma della cosa locata, tranne che il locatario non vi consenta (art. 1723 (1569)).

XV. — Il locatario non avrebbe alcun dritto contro il locante per le semplici turbative di fatto recate al suo godimento da terze persone. Se però le vie di fatto fossero precedenti al suo entrare nel godimento e gl'impedissero d'immettersi nel possesso della cosa, in tal caso il locante sarebbe obbligato a farle cessare, altrimenti non adempirebbe la sua obbligazione di consegnar la cosa; ma dopo che il locatario ha avuto il possesso, egli dovrà difendersi contro i fatti di terze persone, e non avrà che pretendere contro il locante. Non così se le vie di fatto abbiano il carattere di avvenimenti di forza maggiore, dovendo il locante, come si è detto, garantire la mancanza di godimento per forza maggiore.

Ma quando senza vie di fatto o pria di venire ad esse, si arrecassero turbative di dritto, cioè si pretendessero dritti sulla cosa da parte di terze persone, in tal caso il locante dovrà agire contro i terzi, e se il locatario fosse privato del godimento in tutto o in parte, le conseguenze ricadrebbero su

locati, e quindi esclusi dall'obbligazione imposta al locatario di conservare e restituire, è anche evidente, sebbene gli scrittori non vi abbiano posto mente, che il debito di indennità non si estende alla parte della casa abitata dal locante, poichè i convenuti non sono certamente locatarî di essa parte. Il proprietario, onde farsi rindennizzare della parte di casa riservatasi e dei suoi mobili, dovrebbe provare egli medesimo, secondo le regole del dritto comune, che il tale o tal altro locatario sia in colpa (*ibid.*, VI).

La presunzione non potrà mai applicarsi tra persone che non siano corrispettivamente obbligate, poichè essa è la conseguenza della obbligazione del locatario di restituire la cosa locata. Adunque il locante che agisse contro i suoi vicini da cui provenga il fuoco, o contro un amico del locatario che coabiti insieme con questi, e parimente il locatario che agisse contro il locante o contro un altro locatario, non potrebbero invocare questa presunzione. Questa è una conseguenza così necessaria dei principî, che il solo scrittore che l'ha negato in un punto, è incorso nella più strana contraddizione. Al contrario esisterebbe la presunzione contro un sullocatario obbligato in faccia al locatario o al locante, poichè egli deve rispondere al primo come il locatario al locante, ed il secondo può esercitar contro di lui le azioni del locatario (*ibid.*, III).

Del resto, essendo puramente pecuniario e trasmissibile il dritto stabilito in vantaggio del proprietario contro i suoi locatarî, questi potrà dunque cederlo, e sarà interamente valida la clausola con cui, in una polizza di assicurazione, si trasmette questo dritto dallo assicurato all' assicurante (*ibid.*, VII).

XX. — *Del termine dello affitto, e della tacita riconduzione.* — Quando lo affitto siasi consentito per una durata stabilita (ciò che il Codice, preoccupato di ciò che avviene più spesso, indica col dire: « Se lo affitto è consentito *per mezzo di scrittura* »), esso termina di pieno dritto al tempo convenuto, non essendo necessaria alcuna notificazione. Ma se nulla siasi detto sulla durata dello affitto (cioè quando sia fatto *senza scrittura*, per usare il linguaggio del Codice), in tal caso bisogna distinguere se la locazione riguardi: 1° beni rustici; 2° mobili locati per fornire uno o più appartamenti mobigliati; 3° tutt'altri beni.

Se riguardi case (non mobigliate), opificî, cave, magazzini, e in generale beni che non siano quelli delle due altre classi indicate, la durata sarà indefinita, e lo affitto non potrà cessare se non per mezzo di un congedo rilasciato da una delle parti all'altra, nei termini indicati dall' uso dei luoghi (art. 1736-1737 (1582-1583), I e II).

Lo affitto di mobili somministrati per lo addobbamento di una casa si reputa fatto, tranne che non sorga dalle circostanze un pensiero diverso, per quel tempo che, secondo la consuetudine dei luoghi, dura lo affitto dello appartamento, cioè per un termine indefinito e che cesserà con un congedo dato secondo abbiam detto. Per gli affitti di case mobigliate si seguirà la medesima regola, quando nulla *pruovi che* siano state locate a tanto per anno, mese o giorno; ma se si conosca che siano state affittate a tanto per giorno, mese, od anno, esse dureranno per il giorno, per il mese, per l'anno, senza bisogno di congedo (articolo 1757-1758 (1603-1604)).

Infine, gli affitti dei fondi rustici, consentiti senza che le parti ne indichino la durata, si reputeranno fatti per tutto il tempo necessario a raccogliere i prodotti del fondo. Essi quindi dureranno un'annata, se l'intero ricolto si faccia in quel tempo; due o tre annate, se il fondo sia diviso in due o tre porzioni; diciassette anni, se sia un bosco che si tagli in intero ad ogni diciotto anni, e la parte più giovane del quale conti un anno. Se lo affitto riguardi terreni di diversa natura, la regola è la medesima e la durata dell'intero affitto si estenderà a tutto il tempo necessario per raccogliere i prodotti di tutti i fondi. Sicchè la intimazione del congedo non è mai necessaria pei beni rustici (ar-

o incendio, ma con pruova positiva, l'incendio sia accaduto per un avvento di forza maggiore, o che derivi in vizio di fabbricazione, o che sia stato iunicato da una casa vicina. Inoltre, ndo vi siano più locatarî, esso li dichiara i obbligati, non ciascuno per la sua parsecondo il dritto comune, ma in solitranne che non sia provato che l'inıdio sia cominciato presso uno di loro, qual caso questi solo sarà obbligato, che non abbia potuto cominciare presso ale o tal altro, nel qual caso questi sarebro disobbligati. Nel secondo caso adune àvvi solidarietà, per cui se ne dovranno plicare tutti gli effetti legali, nessuno cluso; e dovendosi dividere il debito fra varî debitori, essendo uguale per tutti colpa presunta, essi dovranno contribuire er porzioni uguali, non già in ragion del 'ezzo della pigione di ciascheduno.

Abbiam detto che il locatario nel primo ıso dovrà provare o la forza maggiore o vizio di costruzione, o che il fuoco sia)municato dalla vicina casa. Infatti, non stante la contraria dottrina della maggior ırte degli scrittori, è questo un punto cer-, avuto riguardo al testo preciso del Coce, o alla sua inintelligibilità volendosi trimenti interpretare (poichè allora non ›nterrebbe altro che la ripetizione inesplicabile del precedente testo), o infine alla olontà manifestata del legislatore di non oler seguire il dritto comune per gl'inendî, stabilendo la solidarietà nel secondo ıso. Del resto, se la legge è tanto severa in quanto a ciò che deve provarsi, ssa non fa alcuna derogazione al dritto omune in quanto al modo della pruova; ı quale potrebbe farsi, checchè ne dica no scrittore, non solo con testimoni, ma nche con semplici presunzioni, che si doranno qui, come sempre, valutare dal magistrato, potendosi ammettere questo modo li pruova semprechè si ammetta quella per estimoni (1733-1734 (1579-1580), nn. I, I e IV).

XVIII. — Quando il locante medesimo ıbiti una parte della casa incendiata, non sisiste più la presunzione di colpa de' locatarî, almeno di pieno dritto ed immediatamente. Infatti la presunzione si fonda su queste idee, che quando non possa provarsi d'onde abbia origine il fuoco, si presume che nasca dalla casa medesima, e che il locatario presso cui principia il fuoco sia in colpa; dal che segue, che quando la casa sia abitata da soli locatarî, si reputa che il fuoco sia incominciato presso uno di loro, ed ignorandosi chi, si presume che tutti al medesimo tempo siano in colpa. Or quando il proprietario è uno degli abitanti della casa, avendo potuto principiare il fuoco nel suo appartamento, si sarebbe incerti se l'incendio abbia avuto principio nello appartamento d'un locatario, per cui sarebbe impossibile la presunzione. — Ma anche in questo caso, se il locante provi soltanto che il fuoco non sia principiato nel suo appartamento, dimostrando in tal modo che sia principiato presso un locatario, fa rivivere la presunzione di colpa, la quale, salvo la osservazione del seguente numero, produrrà tutti i suoi effetti. Invano direbbesi, come Duranton, la cui dottrina è stata a buon dritto rigettata da tutti gli scrittori, che la presunzione non può aver luogo, poichè il proprietario era lì presente a guardare la cosa sua; poichè il locante che abita parte della sua casa, non ha affatto il diritto di intromettersi nelle case dei suoi locatarî per conoscere ciò che si facciano (*ibid.*, V).

XIX. — L'indennità dovuta dal locatario deve essere intera, e comprenderà, a differenza di quella dovuta dalle compagnie di assicurazione, il *lucrum cessans*, non che il *damnum emergens*: il locatario deve ristorare il locante in modo da non fargli perder nulla, ma non da farlo guadagnare, e potrà quindi, secondo i casi, far mettere a calcolo, e scemare sul prezzo dello edificio che deve rifabbricarsi, la differenza di valore tra una casa nuova ed una antica. Però il debito d'indennità si estende solo all'oggetto locato. Adunque, se è certo, come gli scrittori tutti riconoscono, che non si estende (per il solo effetto della presunzione) ai mobili che il proprietario teneva nella casa, poichè essi non erano

avea sempre dritto di espellere il locatario, poichè reputavasi che, non avendo egli contratto alcuna obbligazione, non potea essere costretto a mantenere un affitto che non avea consentito; e il locatario non poteva che domandare i danni-interessi contro il suo locante. Non avveniva in tal modo nelle alienazioni dei beni del fisco, nelle quali la legge sottintendeva la clausola che obbligava il compratore a conservare lo affitto. Or ciò che il dritto romano faceva pei locatarî del fisco, il nostro Codice, nell'interesse dell'agricoltura, dell'industria e di tutti i cittadini, l'ha esteso a tutti i locatarî d'immobili, e oramai qualunque alienazione di un immobile locato, se lo affitto abbia data certa (e non dia facoltà al locante di potere espellere in caso di alienazione il locatario), si reputa fatta di pieno dritto coll'obbligo che il compratore rispetti lo affitto. Questa mutazione di regola si spiega chiaramente, senza ricorrere all'idea, sostenuta da Troplong, che il dritto del locatario si trasformi in diritto reale sull'immobile; la quale idea, rigettata a buon dritto dagli altri scrittori e dalle decisioni (e da noi altrove confutata), è tanto più falsa, poichè non solo non è affatto necessaria ma non è nemmeno sufficiente a chiarire la teoria del Codice. Infatti, se il locatario per poco avesse il *jus in re,* il compratore non sarebbe ad altro tenuto che a *lasciarlo godere*, ma non già a *farlo godere*; il locatario non avrebbe più il dritto di costringere il compratore a fare le riparazioni e rifabbricazioni necessarie al godimento, nè si potrebbe più comprendere la necessità imposta al compratore di conservare lo affitto (1742-1743 I (1588 M, 1589)).

XXIV. — La regola sopra esposta riguarda qualunque alienazione, sebbene il Codice parli della sola vendita; poichè questo caso sarebbe appunto il più favorevole pel compratore, e d'altra parte l'agricoltura e l'industria soffrirebbero ugualmente della interruzione di un affitto, sia fatta dal tale o tal altro acquirente o dal compratore. È anche certo, non ostante la contraria dottrina di due scrittori, che sebbene lo articolo parli di *espellere* il locatario, lo affitto dovrebbe eseguirsi pure pel locatario che non sarebbe ancora entrato in godimento. Da un canto la disposizione mira ad impedire lo scioglimento dell'affitto, sia o pur no cominciato; dall'altro il Codice, come è stato riconosciuto dai medesimi avversarî di questa dottrina, ha voluto dar compimento alla riforma iniziata su questo punto dall'Assemblea costituente nel 1791; or questo germe di miglioramento era stato stabilito *per qualunque scioglimento di locazione.* — Infine, se il proprietario di un immobile dato in affitto con atto che abbia data certa, non può conferire nemmeno al compratore il dritto di goderne o farne godere in danno del locatario, con più buona ragione non potrebbe conferire questo diritto ad un altro locatario, contraendo fraudolentemente un novello affitto; dal che segue che fra due locatarî successivi, bisogna preferirsi quello che abbia un contratto con data certa anteriore all'altro, senza badare a quistione di possesso (articolo 1743 (1589)-II e III).

XXV. — Quando il contratto di locazione riservi al locante il dritto dello scioglimento, ove faccia alienazione, senza determinare la somma della indennità, in questo caso: 1° per le case, si pagherà una somma uguale al prezzo della pigione per il tempo accordato dall'uso dei luoghi fra il congedo e lo sgomberamento; 2° pei beni rustici, il terzo del prezzo che dovrebbesi pagare per tutto il tempo da correre; 3° per le manifatture, opificî ed altri grandi stabilimenti, una somma determinata da periti. In tutti i casi l'indennità dovrà pagarsi dal locante o dal compratore, prima che si impedisca o si faccia cessare il possesso del locatario, il quale dovrà essere avvertito un anno prima pei beni rustici, e nei termini d'uso pei congedi per gli altri beni. — Inoltre l'acquirente, affin di usare la facoltà riservata nel contratto di locazione di espellere il locatario, non ha obbligo di dichiararlo nel suo atto di acquisto. Chi aliena conferisce all'acquirente tutti i suoi dritti sulla cosa alienata, sicchè questi è anche investito

dritto di sciogliere la locazione. Ma è per principio; però le circostanze ebbero manifestare un pensiero diverso contraenti, il che si valuterà dai giudel fatto.

Se la locazione non abbia data certa, si dovrebbero più i danni-interessi (dal acquirente); ma si dovrà sempre preire il locatario, poichè la stessa uma- lo esige. Il Codice non parla di que- obbligazione, perchè ha creduto non ersi per essa muover dubbio, mentre nmeno l'antico dritto, che tanto poco nsava ai locatarî, permetteva contro di o siffatta crudeltà (articoli 1744-1750 590 M-1596)).

XXVI. — In questo medesimo caso che la locazione fosse senza data certa o consentisse la facoltà al locante di risolverla nel caso di alienazione, non si potrebbe esercitare questa facoltà dal compratore col patto di ricompra, se non divenga proprietario certo. Questa regola è dettata per la vendita col patto di ricompra, non già per quelle fatte sotto condizione risolutiva. Nella vendita col patto di ricompra, la risoluzione del dritto del compratore non è soltanto possibile ma probabilissima, mentre negli altri casi essa è puramente eventuale. Or la regola dell' antica giurisprudenza e del Codice si fonda appunto su questa grande probabilità della ricompra (art. 1751 (1597)).

SEZIONE II.

REGOLE PARTICOLARI ALLE LOCAZIONI DELLE CASE.

XXVII. — Il locatario di tutta o di parte una casa, se non vuole vedere sciolto contratto, deve fornirla di mobili sufficienti a garantire il pagamento di parecnie pigioni, eccetto se sostituisca alla ganzia dei mobili, una ipoteca, una fideissione, o qualunque altra sufficiente guaentigia, o se la destinazione della cosa on richiedesse mobili (art. 1752 (1598)).

Se lo affitto si sciolga per questa causa, o per qualunque altra colpa del locaario, questi deve pagare la pigione per utto il tempo corso dal suo sgomberanento fino alla nuova locazione, salvi tuttaia i danni-interessi dovuti per l'abuso della cosa locata (art. 1760 (1606)).

XXVIII. — In Roma e nel nostro antico dritto il locante potea sempre espellere il locatario quando volea abitare la casa per conto suo. Il Codice ha abolito questo privilegio con ragione, e il locante non può risolvere il contratto per questa causa, se non vi sia una speciale convenzione su tal riguardo. Egli deve inoltre avvertire precedentemente il locatario nei termini d'uso; ma questa è la sola obbligazione che la legge gli ha imposto, non dovendo come nel caso di alienazione, pagare i danni-interessi (art. 1760-1762 (1606, 1608)).

SEZIONE III.

REGOLE PARTICOLARI ALLE LOCAZIONI DEI FONDI RUSTICI.

XXIX. — Gli affitti dei beni rustici comprendono quei beni che producono dei frutti che il locatario ha dritto di raccogliere e che sono l'oggetto precipuo della locazione. Così, non potrebbe riguardarsi come locazione di beni rustici quella di un magazzino, il quale non produce frutti, o di una casa a cui fossero aggregati, come semplici dipendenze e accessori, un giardino, verziere o altro terreno fruttifero, poichè la casa sarebbe l'oggetto principale della locazione (1763 (1609)-I).

Le locazioni di fondi rustici, oltre alle regole generali indicate nella sezione 1ª, sono governate da molte ed importanti regole speciali, la prima delle quali riguarda

l'errore dell'estensione. Se i fondi siano stati indicati per una estensione minore o maggiore di quella che abbiano realmente, il locatario dovrà pagare più o meno, o potrà far risolvere il contratto, secondo le regole spiegate nel titolo della vendita (art. 1765 (1611)).

XXX. — Lo affittaiuolo deve mettere nel podere i bestiami ed utensili necessari, coltivare i fondi secondo la loro destinazione e da buon padre di famiglia, porre i ricolti nei luoghi a ciò destinati, avvertire il locante delle usurpazioni, intraprese od altri fatti che potessero ledere il dritto di proprietà o di possesso di costui, e ciò nel termine stabilito dalla legge per le citazioni.

Mancando il locatario alle sue obbligazioni, e reciprocamente mancandovi il locante, si può secondo i casi, e giusta il principio generale del n. XXIII, domandare i danni-interessi, o lo scioglimento dello affitto (art. 1766-1768 (1612-1614)).

XXXI. — I beni rustici sono dei beni fruttiferi, come tali dati in affitto, per cui i frutti da raccogliersi, finchè non siano separati dal suolo, sono parte integrante della cosa locata, e il locatario può pretendere in certo modo di essere rindennizzato ove sia privato di parte dei ricolti o della medesima cosa per caso fortuito. Diciamo in certo modo, poichè se la privazione della cosa dà dritto in tutti i casi ad uno scemamento di prezzo, sebbene fosse pochissima (n. XIII), al contrario la perdita dei ricolti non dà dritto ad indennità se non quando sia enorme e non si trovi compensata colle ricolte delle altre annate (giacchè sarebbe iniquo accordare uno scemamento di prezzo per la pochezza di un ricolto, mentre il locatario non deve pagar nulla dippiù pei ricolti abbondanti).

Si reputerà enorme la perdita, se il locatario raccolga in un anno una sola metà di un ricolto ordinario del suo podere; e lo scemamento del prezzo in proporzione sarà dovuto, per la perdita di metà, se l'affitto sia di una sola annata, o se, essendo di più anni, la perdita di metà di un'annata non sia compensata dal [illegible] di altre annate. Adunque, in quest[illegible] caso, se la perdita di 60 per 100 di [illegible] annata, sia compensata col dippiù di [illegible] 10 per 100 sul ricolto medio di [illegible] precedenti annate, il locatario [illegible] diritto ad alcuna riduzione, essendo [illegible] dita minore di metà; ma se le annat[illegible] cedenti non offrano un dippiù, si [illegible] aspettare la fine dello affitto per vede[illegible] prodotto delle annate posteriori, e si [illegible] vrà la riduzione del prezzo se con que[illegible] non si possa far compenso. Nondimeno [illegible] tal caso i giudici possono dispensare provvisoriamente il locatario dal pagamento [illegible] parte del prezzo, salvo a fare il calcolo diffinitivo al termine dell'affitto (art. 1769-1771 (1615-1617), nn. *I* e *II*).

XXXII. — Il calcolo dovrà farsi senza por mente al valore *venale* dei prodotti dell'annata cattiva, nè si potrebbe negare al fittaiuolo la riduzione del prezzo sotto il pretesto che il suo ricolto, ridotto a un terzo dal caso fortuito, *gli* abbia non[illegible] meno procurato più della metà del prez[illegible] ordinario di un medio *ricolto*, atteso il [illegible] delle derrate. Questo sistema, quantunque ammesso da un sommo scrittore, è [illegible] mamente illegale ed iniquo. Illegale [illegible] chè la legge dice doversi fare il [illegible] direttamente sulla quantità dei frutti, [illegible] sul loro valore venale; iniquo, poichè [illegible] messo che debba calcolarsi il valore, [illegible] almeno dovrebbe farsi sempre, ed accordare quindi al locatario uno scemamento di prezzo per un ricolto di cui perderebbe soltanto un terzo per caso fortuito, ma il cui valore sarebbe di metà di un ricolto ordinario, atteso il ribasso dei prezzi delle derrate; ma ciò è reputato impossibile in quel medesimo sistema! Diciamo dunque che la impossibilità esiste in tutte due le ipotesi, avvegnachè il Codice abbia ordinato doversi in tutti i casi calcolare la quantità dei frutti, avuto riguardo alla instabilità del prezzo di vendita.

Nè può tampoco ammettersi questa dottrina del medesimo scrittore, il qua[illegible] riguardando essere un *beneficio* de locatario tutto che ecceda il prezzo dei su[illegible]

to nella vendita dei ricolti, insegna con età che il calcolo comparativo, che debba bilire almeno per un'annata la perdita metà, possa farsi tra il prezzo di ven- dei frutti e il prezzo dello affitto!!! sichè il locatario, che riceverebbe 3,300 dei 3,000 pagati, e che secondo il no- scrittore guadagnerebbe 300 fr., non desse al contrario più di 1.500 fr.! asichè il podere locato 3,000 fr. non stasse al locatario 5,000! quasichè in i due termini del calcolo fossero il ezzo dei frutti e quello dell'affitto (che n han che fare colla quistione), e non, me dice la legge, la quantità dei frutti ccolti e quella che si sarebbe dovuta ccogliere in un annata media (*ibid.*, II III).

XXXIII. — Da ciò che abbiam detto, per imostrare che la perdita almeno di metà una annata dia dritto a riduzione solo uando non sia compensata e ridotta mi- ore di metà col dippiù di qualche altra nnata, sorge chiaro che il proprietario può empre tener conto di tutti i dippiù delle bbondanti annate, senza farli compensare olle mancanze delle scarse; alcuni scrit- ori hanno insegnato il contrario per non vere ben compreso il pensiero del Codi- e. Da un canto infatti, se si facesse com- enso fra tutte le mancanze e i dippiù, n sostanza si accorderebbe la indennità er le mancanze minori di metà (ed essa dovuta solo per la perdita di più di me- à). D'altro canto, volendosi compensare e mancanze minori di metà, si contraf- arrebbe anche al pensiero intimo della egge, poichè il locatario non avrebbe di- itto ad alcuna riduzione, se nelle nume- ose annate di un affitto una serie inces- sante di casi fortuiti riducesse ciascun ri- colto a poco più di metà, di guisa che in lodici annate, per esempio, egli ricaverebbe in ognuna 51 o 52 invece di 100! Infi- ne, se i dippiù delle ricche annate doves- sero compensare la perdita di più di me- tà, dopo ripianate le mancanze delle scarse annate, il Codice, ove la perdita fosse enor- me in un' annata che non sia l'ultima del- l'affitto, non avrebbe dichiarato diffinitivo il compenso che si farebbe col dippiù di un'annata precedente, il quale potrebbe es- sere ridotto a nulla dal manco di un' an- nata seguente: il Codice allora avrebbe ri- portato il calcolo diffinitivo al termine del- l'affitto, come lo fa nel caso inverso (*ibi- dem*, IV).

Il calcolo per la perdita enorme o pei dippiù che devono compensarla, si farà sempre, come è chiaro, su tutti i varî beni soggetti ad un medesimo affitto; il loca- tario dovrà sempre provare la perdita enor- me che allega. Inoltre, non si dovrebbe riduzione se la perdita riguardasse frutti già separati dal fondo, o se al tempo del con- tratto fosse nota la causa del danno, o se il locatario avesse formalmente rinunziato ai casi fortuiti, come vedremo nel numero seguente (*ibid.*, V e VI).

XXXIV. — Sebbene i casi fortuiti siano sempre impreveduti, poichè non si sa se avvengano nè quando, nondimeno alcuni possono prevedersi come probabili, per la loro stessa frequenza; e perciò il Codice con ragione ha distinto i casi fortuiti in previsti ed ordinarî, ed in imprevisti ed estraordinarî. Or il locatario può prendere a suo rischio gli uni e gli altri; però è necessario, pei primi, e massime pei se- condi, che sia manifesto il pensiero delle parti, e la clausola in cui si direbbe sol- tanto che il locatario prende a suo rischio *tutti i casi fortuiti*, s' intenderà pei soli casi fortuiti ordinarî; come pure, se il lo- catario dicesse di caricarsi di tutti i casi fortuiti, *anche estraordinarî*, questa clau- sola si intenderebbe per le perdite dei ri- colti, non mai per la privazione di una parte del fondo. Egli potrebbe certamente rinunziare pure qualunque indennità per quest'ultimo caso; ma bisogna sempre che la sua volontà sia chiaramente manifesta (articoli 1772-1773 (1618-1619)).

XXXV. — Il passaggio da un fittaiuolo ad un altro offre una complicazione di di- ritti e di interessi, che si avvicendano gli uni cogli altri, e importano, negli ultimi mesi dello affitto che termina e nei pri- mi di quello che ha principio, una spe- cie di godimento comune tra i due loca-

tari; per cui il Codice ha voluto che ciascuno di essi lasci all'altro i locali opportuni e gli altri comodi occorrenti, riferendosi alla consuetudine dei luoghi in quanto alle regole speciali (1777-1778 (1623-1624), n. I).

Se il colono che esce non abbia ricevuto, quando entrò nel podere, la paglia e il letame, egli non sarà tenuto, come pretendevasi nelle consuetudini di dritto comune, a lasciare *senza indennità* quello che egli stesso vi abbia messo; ma egli non potrebbe nemmeno, come pretendevasi da alcune consuetudini di eccezione, prendersi la paglia e il letame quando il proprietario volesse trattenerseli pagandoli: questi è autorizzato, nell'interesse dell'agricoltura, a ritenerli contro il volere del colono pagandogliene il prezzo che si determinerà da periti. — Per l'incontro, il colono non avrebbe nulla a pretendere, se si fosse obbligato nel contratto di affitto di lasciare la paglia e il letame; però bisogna che la volontà sia chiaramente indicata: nè basterebbe affatto all' uopo la semplice promessa del colono di mutare durante lo affitto la paglia in letame; ed è erronea la contraria dottrina di Troplong intorno a ciò. Altra cosa è lo spogliare un podere, privandolo mentre si coltiva dell'alimento necessario, per vendere la paglia o il letame o metterli in altri terreni; altra cosa il prender questi concimi al termine dello affitto, se il proprietario non voglia pagarne il prezzo al colono che ve li ha posto e a cui appartengono: il primo fatto si riguarda come un delitto da ogni buono agricoltore, mentre il secondo si riguarda come l'esercizio di un diritto sacro, nè si può affatto inferire che rinunziandosi al primo s' intenda rinunziare al secondo. Sotto l'impero delle consuetudini di eccezione, che permettevano non solo al colono di prendersi paglia e letame al termine dello affitto, non ostante l'offerta del proprietario di pagarglieli, ma anche di toglierli durante lo affitto medesimo, non c'è a maravigliare se una clausola che ritornasse espressamente al diritto comune per quest' ultimo punto, si estendesse anche tacitamente al primo, e quindi si obbligasse il colono a lasciarli senza indennità; ma oggi che il dritto comune richiede la indennità, è manifesto che la obbligazione di lasciare paglia e letame gratuitamente, non potrebbe inferirsi da un' altra stipulazione che nulla ha di comune con essa. A ragione dunque la giurisprudenza ha deciso in questo senso (*ibid.*, II).

XXXVI. — Se il proprietario abbia dato in affitto il podere, mettendovi un bestiame a *soccio* per la coltivazione, il colono si avvantaggerà tanto del podere che del bestiame, coll'obbligo, al termine dello affitto, di restituirne uno del medesimo valore. Per questo il bestiame si stima al principio e al termine dello affitto: e il colono dovrà pagare la differenza se il valore del bestiame sia scemato al termine dello affitto, o prendere il dippiù, se sia accresciuto. E siccome il colono quando lascia il podere, deve restituire il soccio, che è rimasto a suoi rischi per la stima fattane (senza esserne proprietario), tanto che il locatario non può mai perderlo, checchè avvenga, si è chiamato quindi *soccio di ferro*, perchè non può morire pel suo proprietario (1822-1826 (1668-1672), n. I).

Essendo il soccio parte del podere, di cui è l' accessorio, immobilizzato per la sua destinazione, il proprietario dunque per alienarlo durante lo affitto, *dovrebbe* imporre l'obbligo all'acquirente *di rispettare* lo affitto, se abbia data certa. Parimente i creditori del locante non potrebbero espropriare e far vendere il soccio se non insieme col podere, obbligando lo aggiudicatario a rispettare lo affitto dell'uno e dell'altro. I creditori del colono avranno diritto soltanto allo accrescimento che gli appartiene (*ibid.*, II).

Inoltre le parti possono a loro piacere modificare le regole relative al soccio. Esse potranno convenire, che il locante avrà parte dei guadagni del bestiame, che il colono non soffrirà solo la perdita totale avvenuta per caso fortuito, o che nulla per ciò pagherebbe (ma in tal caso il soccio non potrebbe più dirsi *soccio di ferro*), o che

rebbe al termine dello affitto restituire soccio maggiore di quello che ha riuto. E siccome lo affitto del soccio è a parte dello affitto del podere, o meno una delle sue clausole, si riguarderà nque che i pesi o vantaggi che potrebbero sembrare eccessivi nel primo considerato in sè stesso, fossero compensati in tutto insieme il contratto, e specialmente secondo il prezzo maggiore o minore dello estaglio (*ibid.*, III).

CAPITOLO SECONDO

DELLA LOCAZIONE D'OPERA.

XXXVII. — Abbiamo veduto sopra che locazione d'opera o di lavoro è un contratto con cui una parte, che dicesi locante, si obbliga far godere del suo lavoro della sua industria un'altra parte, che dicesi locatario, e che si obbliga pagare l prezzo del godimento (n. II, *sopra*).

Gli scrittori son d' accordo nel riconoscere, fra la locazione di opere e la locazione di cose, questa precipua differenza, che in quest'ultima il locante, ove si ricusi di adempiere la sua obbligazione, può esservi costretto con la esecuzione forzata; mentre nella prima, l' obbligazione, caso che non si adempia, può trasformarsi in debito di danni-interessi, secondo la regola *nemo potest cogi ad factum*. Ma per l'incontro gli è molto controverso quale sia il carattere distintivo della locazione d'opera e del mandato. Alcuni credono che il contratto sia mandato o locazione, secondo che la parte incaricata del lavoro abbia o pur no il potere di rappresentar l'altra, di parlare ed agire in suo nome, di guisachè il medico locherebbe l' opera sua, mentre che il facchino che farebbe iscrivere la mia valigia ad una diligenza, sarebbe mio mandatario. Altri insegnano che il contratto sia locazione quando il lavoro è pagato, e mandato quando non si paga, o perchè non è valutabile (non potendosi pagare in danaro ma con onorari), o perchè si faccia gratuitamente. — Se si dovesse formar la legge, non si dovrebbe adottare nessuno dei due sistemi. Infatti, se ripugna alla dignità dell'uomo, ed è affatto contrario alla verità delle cose e alla morale, il dire che si lochino le opere della mente e del cuore, questi atti di entusiasmo, di amore, di devozione, che non possono pagarsi con danaro (e non v' ha locazione senza prezzo), sarebbe veramente bizzarro elevare alla dignità di mandatario il ciabattino che mi rattoppa *gratis* le mie scarpe. Ma bisogna prendere la legge tale qual è; e il Codice infatti ha adottato questo secondo sistema. Il nostro legislatore ha seguito le antiche tradizioni, ed invero si è sempre ritenuto nel nostro antico diritto non che in Roma, da Pothier non che da Cajo e Giustiniano, che il contratto sarà mandato o locazione secondochè vi sia o pur no un prezzo propriamente detto (1779 (1625)-II).

Le locazioni di lavoro si distinguono in quattro specie: 1° locazione di scambio militare; 2° locazione di servigi; 3° locazione di trasporti; 4° locazione di intraprese ad appalto.

SEZIONE PRIMA

DELLO SCAMBIO MILITARE.

XXVIII. — Il sostituito deve rispondere dello scambio per un anno dal giorno che si è fatto l'atto innanzi il prefetto, e purchè lo scambio non sia arrestato in quel termine; per cui dovrà pagare tutto il prezzo stabilito se scorra l'anno e lo scambio non

sia disertato, o disertato, non sia stato arrestato. Egli dovrebbe pure pagare l'intero prezzo se lo scambio servisse meno del tempo stabilito; ma ne dovrebbe solo una parte, se per effetto di una legge che chiamerebbe personalmente lo scambio a servire per conto suo, egli fosse obbligato a servire, poichè in tal modo il sostituito non acquisterebbe in intero la libertà che avea inteso pagare. Certamente lo scambio non sarebbe in colpa; ma da ciò segue non dover pagare danni-interessi (articolo 1779 (1625)-III).

XXXIX. — Se lo scambio e il sostituito hanno convenuto ciascheduno con un agente di cambi militari, in tal caso non formasi solo contratto, ma due contratti separati, con uno dei quali il sostituito si obbliga pagare una somma di... all'agente, coll'altro l'agente si obbliga pagare una somma di... allo scambio; sicchè il sostituito sarà debitore dell'agente e questi dello scambio. Pertanto il sostituito, che avrebbe pagato il suo prezzo all'agente, dip[illegible] lito, non potrebbe esser condannato [illegible] garlo una seconda volta allo scamb[illegible] me è stato giudicato da alcune deci[illegible] nè quest'ultimo ha dritto di agire [illegible] pretende uno scrittore, contro il so[illegible] per ciò che questi debba ancora all'[illegible] già fallito; il sostituito non è affatto [illegible] tore dello scambio, il quale è cre[illegible] dell'agente, e deve quindi concorrere [illegible] gli altri creditori dello agente. Ciò per[illegible] tro è oramai costante in giurisprudenza.

E bisogna del pari ritenere, confor[illegible] alla giurisprudenza, e nonostante la contra[illegible] ria dottrina di un altro scrittore e d'una decisione, che se lo scambio è creditore dell'agente, non è però creditore privilegiato. Invano si invoca in suo soccorso la disposizione che dice privilegiate le spese fatte per conservare la cosa, poichè la somma che deve pagarsi allo scambio, non è affatto un rimborso di spese (*ibid.*).

SEZIONE II.

DELLA LOCAZIONE DI SERVIGI.

XL. — Locazione di servigi intendesi quella dei domestici, secondo il significato che ora si dà a questa parola, e degli operai che non lavorano a prezzo fatto, o a misura, ma si assoggettano ad una maggiore dipendenza, locandosi a giornata, a settimana, a mese o ad anno.

La legge vieta di obbligarsi a servire per tutta la vita; la locazione di servigi è permessa per un tempo ristretto o per una determinata intrapresa, purchè il tempo o la probabile durata della intrapresa non equivalgano alla vita dell'uomo. Cotali convenzioni sono vietate perchè contrarie ai buoni costumi; per cui sono assolutamente nulle, dimodochè il padrone, come il domestico o l'operaio, possono in qualunque tempo farle dichiarare inesistenti per legge. Gli è vero che il padrone potrebbe, secondo i casi, esser condannato a pagare una indennità; ma ciò per il fatto materiale del danno cagionato al domestico, non già per inadempimento di obbligazione, poi[illegible] contratto radicalmente nullo non ne [illegible] nascere alcuna, come è riconosciuto a[illegible] dritto dagli scrittori e dalle decisioni. [illegible] tre, non ostante la nullità del contratto, [illegible] padrone dovrebbe pagare l'operaio o il domestico per tutto il tempo in cui avessero lavorato, non per effetto del contratto e al prezzo stabilito, ma per il fatto medesimo dei resi servigi, il cui valore ove insorga lite sarebbe stabilito dal giudice. Del resto la facoltà di obbligarsi *in perpetuum* è vietata al locatore di servigi, ma non già al padrone, il quale può obbligarsi a mantenere la tal persona al suo servizio per tutta la sua vita (1780-1781 (1626-1627), nn. I-II).

XLI. — Se le parti non abbiano stabilito la durata della locazione, essa in generale sarà indefinita, e si dovrà qua[illegible] dare il congedo da una delle parti ne' [illegible] mine d'uso. Ma alle volte la locazione può

essere consentita per un termine tacitamente stabilito, avuto riguardo alla natura del lavoro e all'uso dei luoghi.

La locazione di servigi termina colla morte del domestico o dell'operaio, poichè il contratto si è stabilito da una parte e dall'altra per la persona di costui. Quanto alla morte del padrone, si dovrà, secondo le circostanze di ciascuna specie, cercare quale sia stata l'intenzione dei contraenti, per risolvere la convenzione.

La locazione di servigi, come qualunque altro contratto sinallagmatico, può sciogliersi da una delle parti, se l'altra non adempia le sue obbligazioni, e dar luogo anche ai danni-interessi. Che se per avvenimenti di forza maggiore una parte non potrebbe adempire la sua obbligazione, non si dovranno certo danni-interessi. Ma l'altra parte potrà sempre disobbligarsi. Uno scrittore osa negare questa verità, ma a torto, per il caso di malattia d'un domestico; infatti, oltrechè il padrone potrebbe non aver mezzi di pagare, per uno o due mesi soltanto, due domestici anzichè uno, sarebbe questo un dovere di coscienza, non mai una obbligazione legale (*ibid.*, III).

XLII. — In caso di lite tra il padrone e l'operaio o il domestico, sia per la quantità delle mercedi o salari stabiliti, sia pel pagamento del salario di un'annata scorsa, sia per le somministrazioni fatte in conto dell'annata corrente, la legge vieta la pruova testimoniale, volendo che si presti sempre fede alle asserzioni del padrone. La disposizione riguarda la fede data con giuramento, checchè ne dica uno scrittore; essa è molto rigorosa perchè debba richiedersi questa garanzia, e non sappiamo per altro in che gioverebbe al padrone interpretare altrimenti la legge, mentre il giuramento potrà sempre essergli deferito dal suo avversario.

E poichè questa è una eccezione molto rigorosa al dritto comune, devesi quindi restringerla ai soli casi preveduti. Se dunque sia controversa la esistenza medesima del contratto, la sua durata, o anche (sebbene Troplong insegni il contrario) se il domestico affermasse di aver portato della roba e il negasse il padrone; in breve non si applicherà la regola quando non parlisi della quantità delle mercedi o del loro pagamento. Non si applicherà nemmeno per l'erede del padrone, poichè egli non può giurare per un fatto personale al suo autore.

I giudici di pace sono competenti a decidere qualunque lite tra padroni e persone di servizio fino a 100 fr. inappellabilmente, salvo appello per qualunque somma maggiore (*ibid.*, IV).

SEZIONE III.

DELLA LOCAZIONE DI TRASPORTO.

XLIII. — La legge indica col nome generico di *vetturali* tutti coloro che per terra o per acqua si dànno a trasportare uomini o cose.

La locazione di trasporto è tacitamente conchiusa, e il vetturale è risponsabile delle cose da trasportarsi, dal momento che sono state consegnate a lui o al suo incaricato, o nella sua vettura o bastimento, o nel magazzino o nell'ufficio, o sul porto, o in altro luogo di uso. Gl'impiegati non addetti al negozio non sono abilitati a ricevere, e fra questi è il condottiero della vettura, ove esista un incaricato, non già dove non ce ne sia; dacchè allora sarebbe il solo a cui si potesse far inchiesta.

Se il vetturale è commerciante, si può per questa sua qualità, ammettere sempre contro di lui la pruova testimoniale; se no, la pruova si fa secondo il dritto comune. Mal si cava argomento dall'articolo 1782 (1678); avvegnachè cotesto articolo non pareggiasse assolutamente il vetturale all'albergatore, massime pei mezzi di pruova, ma solo quanto alla custodia e conservazione della cosa.

I vetturali commercianti sono costretti

a tenere un registro per annotarvi il danaro e gli altri oggetti che si incaricano trasportare. Cotesta annotazione è un altro mezzo di pruova contro di essi; ma si può sempre usare la pruova testimoniale, quando mancasse l'annotazione o la rimessa di una ricevuta. Non sarebbe il medesimo se il viaggiatore o colui che spedisce avesse conservato l'oggetto ad insaputa del vetturale onde non pagare il trasporto; ma quando il vetturale non ha annotato, si ammetterebbe sempre la pruova. La quale avrebbe anche luogo contro le menzioni dell'annotazione, dacchè è quello un titolo che fa lo stesso vetturale senza che altri lo riscontri (1782-1786 (1628-1632), n. I).

XLIV. — Il vetturale è tenuto delle perdite ed avarie delle cose che sono state a lui confidate, quando non provi anche con testimoni che siensi perdute od abbiano sofferto avaria per un caso fortuito o per un vizio della cosa; è tenuto medesimamente del danno cagionato anche dal caso fortuito, se fosse preceduta una sua colpa, senza la quale non avrebbe avuto luogo; egli è anche tenuto del furto, che non sia stato commesso con forza irresistibile.

Gli è oggi fermo in dottrina e giurisprudenza, non ostante gli sforzi degli amministratori di pubbliche vetture onde fare ammettere l'idea contraria, che il vetturale è tenuto a dare il valore totale delle cose perdute, che non siano danaro o gioje. Invano vorrebbesi trarre argomento o dalla legge del 1793, dettata per li procacci del Governo, non per le intraprese particolari, o dalle menzioni stampate nei bullettini dati ai viaggiatori, dacchè la rimessa del bullettino, che per lo più non si legge, non potrebbe formare la convenzione che deve derogare ai principî. Ma gli è il simile per il danaro, e le gioje, quando si è trascurato di dichiararne specialmente la natura? Dicono del sì un dotto scrittore ed alcune decisioni; ma ciò ne sembra errore. La natura più preziosa di questi oggetti esige, checchè se ne possa dire, una maggiore sorveglianza, e cure, che non si ponno pretendere per ogni sorta di balle, e perciò debbono essere particolarmente raccomandate dal viaggiatore, o da chi ne fa la rimessa; quindi costoro sono in colpa di aver riguardato e fatto riguardare come cose ordinarie quelle che erano preziose. A ragione dunque gli altri scrittori e le recenti decisioni hanno abbracciato una diversa sentenza (1).

Ove si contenda del valore delle cose perdute o che abbiano sofferto avaria, e ove manchino gli opportuni ragguagli, il giudice può deferire il giuramento all'attore, determinando il *maximum* della somma per cui sarà creduto. Il vetturale va soggetto all'arresto di persona per il pagamento dei danni (1782-1786 (1628-1632), n. II).

XLIV *bis*. — L'azione che deriva da perdite od avarie, si estingue pei destinatari commercianti; 1° colla consegna delle cose, accompagnata o seguita dal pagamento del prezzo, senza nè proteste nè riserve; 2° collo scorrere di sei mesi per le spedizioni fatte dentro la Francia, ed un anno per quelle fatte all'estero. Si prescrive poi con trent'anni, nonostante la *dottrina di un solo scrittore*, pei non-commercianti, *pei* quali non v'è alcuna speciale disposizione.

I regolamenti, che governano gl'intraprenditori di trasporti pubblici, sebbene dettati per la pubblica sicurezza, sono obbligatori fra i vetturali e i viaggiatori o coloro che spediscono. Questi dunque vi si debbono conformare, e possono esigerne l'osservanza, quando vi hanno interesse (1786 (1632), III).

(1) Una decisione di Parigi, del 12 genn. 1852, che abbiamo conosciuto dopo la stampa del commento dell'art. 1784 (1630), potrebbe, a primo aspetto, parer contraria a tal dottrina; ma chi attentamente la esamini, scorgerà che la decisione è esatta e non si contraddice. Infatti la Corte, pria di condannare la ferrovia di Boulogne a pagare alla signora Lloyd 10,000 franchi d'indennità per la perdita di uno scrigno di diamanti serbato nella sua valigia, il quale ella non aveva dichiarato, ha comprovato che la signora avea richiesto con insistenza di tenersi con lei nel vagone il suo sacco, e che suo malgrado era stato posto fra i bagagli, e poi le era stato consegnato con due chilogrammi di meno, e senza lo scrigno. In tal caso non si poteva a meno che dichiarare risponsabile l'amministrazione del valore dello scrigno che si era perduto (J. du Pal., 1852, t. I, p. 420).

SEZIONE IV.

DELLA LOCAZIONE DI OPERE AD APPALTO.

XLV.— Commettendo un'opera si può richiedere il solo lavoro, fornendo la materia, ovvero il lavoro e la materia. Il contratto che nel primo caso è locazione, nel secondo è vendita, e mal si oppongono due scrittori che ciò negano. Infatti si fa il medesimo contratto quando si compra un oggetto tutto fornito presso un fabbricante, o quando si conviene di prenderlo tostochè ei l'avrà fornito; se non che nel primo caso la vendita è pura e semplice, e nell'altro condizionale, riguardando un oggetto futuro. Dippiù il Codice, che altrove aveva già detto che la convenzione di opere ad appalto è locazione *quando la materia è fornita da colui per cui si fa l'opera*, ripeteva nella nostra sezione che il contratto è in questo caso *locazione* e nell' altro *vendita*; ma questa dichiarazione formale fu tolta via, non perchè fosse inesatta, ma perchè si credette inutile esporre nei testi la dottrina.

Perchè vi sia locazione, basta che colui che fa lavorare somministri la parte principale della materia; quindi vi sarà locazione quando un sarto mi fa un abito col mio panno, sebbene ei vi metta gli accessori, o un intraprenditore mi costruisca una casa coi suoi materiali sul mio terreno, la fabbrica essendo accessorio del suolo (1787 (1633-I)).

XLVI. — Quando la cosa, di cui l'operaio somministra la materia, perisce innanzi che il compratore l'abbia verificato o sia stato messo in mora di verificarla, essa perisce per lui, perchè la condizione con la quale fu comprata, non è adempita, e quindi è rimasta in proprietà dell'operaio.— Ma per l'opposto quando, l'operaio somministra soltanto il suo lavoro, la cosa perita senza sua colpa pria della verifica o della mora, perisce quanto alla materia per il padrone cui spetta, e per l'operaio quanto al lavoro che avrebbe dovuto essere pagato dopo la verifica; ma se la cosa fosse perita per un vizio della materia, il padrone sarebbe tenuto al prezzo del lavoro, tranne che l'operaio abbia mancato di riconoscerlo. — Se infine la materia fosse in parte somministrata dal padrone, e in parte dall' operaio, il primo perderebbe la sua parte, e il secondo l'altra parte insieme col lavoro; ma se la perdita avvenisse pel vizio di una delle materie, quegli che ha posto la materia viziosa, dovrebbe ristorar l'altro, tranne che il vizio della materia del padrone, fosse di quelli che avrebbe dovuto conoscere l'operaio. Del resto, se l'opera si fa a pezzi, o a misura, il padrone può esser messo in mora di verificarla parte a parte, e si reputa averla verificata, ed essergli tacitamente piaciuta ogni parte pagata, quando ei paga a mano a mano che l'opera si va eseguendo (articoli 1788-1791 (1634-1637), n. II).

XLVII. — Quando si fanno costruzioni o ricostruzioni, anche parziali, di fabbriche o altre grandi opere (canali, ponti, dighe, ec.), gli architetti ed intraprenditori che le hanno fatto o diretto, ad appalto, o altrimenti, sono responsabili di qualunque distruzione totale o parziale che si effettui o minacci in conseguenza di qualche vizio, entro il decennio da che furono verificati i lavori. La quale responsabilità, essendo imposta per la pubblica sicurezza non che nello interesse privato del proprietario, colpirebbe sempre gli architetti o intraprenditori, quand'anche avessero fatto tutte le debite osservazioni al proprietario, e stipulato di non essere a nulla obbligati, essendosi quello negato a conformarvisi; avvegnachè essi non dovessero mai scostarsi per alcun pretesto dalle regole dell'arte. I compilatori del Codice l'han detto chiaramente, quando soppressero una disposizione che stabiliva una regola diversa; e per questo appunto mal si appon-

gono due scrittori che si sono in ciò divisi dalla dottrina generalmente seguita e dalla giurisprudenza.

L'azione del proprietario nata tostochè il vizio si manifesta, si prescrive in trent'anni, non essendovi per essa alcuna speciale disposizione. — Uno scrittore insegna che l' art. 2270 (2176) stabilisce un secondo termine di dieci anni, ed una decisione è ita anche più in là, giudicando che quell'azione si estingua trascorso il primo termine, che è quello da cui ha origine: ma nè l'uno nè l'altro di cotesti due sistemi può sostenersi; dacchè s'è risibile il secondo che riduce alle volte la prescrizione a pochi giorni, o poche ore, cioè ad un termine che sarebbe la negazione dell' azione; il primo scambia per termine dell'azione quello che è il termine stesso della garanzia. Lo ripetiamo: l'azione prescrivesi in trent'anni.

Del resto, siccome non può per vetustà cadere una fabbrica nel breve termine di dieci anni, e quindi dee cadere per un vizio, se non v'è di mezzo un avvenimento fortuito e di forza maggiore, il proprietario ritrova nelle circostanze la pruova del vizio, e il costruttore per evitarla deve allegare e pruovare un caso fortuito.

La responsabilità per le opere non grandi cessa quando i lavori si sono verificati (art. 1792 (1638)-I).

XLVIII. — Gli architetti o intraprenditori che hanno tolto a fare un'opera in appalto e sopra un disegno prima stabilito, non possono dimandare aumento di prezzo, nemmeno per le innovazioni o aggiunzioni al disegno primitivo; tranne che il proprietario non abbia approvato per iscritto i cangiamenti, di cui si è convenuto il prezzo. — Se non vi è scrittura, il costruttore non può fare alcun reclamo, nè può deferire il giuramento, nè chiedere l'interrogatorio sopra fatti ed articolati, come nè alcun altro mezzo di pruova. La legge parla di edificî; ma la sua disposizione deve applicarsi ad ogni grande impresa come ha fatto la Corte suprema, dacchè è a temere egualmente il soprappiù impreveduto delle spese, e le ruinose innovazioni (1793 (1639)-II).

XLIX. — Il proprietario, anche nelle opere ad appalto, può sciogliere il contratto quando gli piace, e in qualunque punto si trovino i lavori; però ha l' obbligo di pagare all'operaio non solo ciò che *abbia* speso, ma anche tutti i guadagni che *egli* avrebbe fatto nell'intrapresa.

Il contratto si scioglie anche per la morte dell'operaio, non distinguendosi, come un tempo, se i lavori siano o no di quelli in cui abbiano gran parte il talento e l'arte dell'operaio. Pure allora il proprietario dee pagare agli eredi dell'operaio il valore dei lavori già fatti, e delle materie preparate che siano utili per l'opera richiesta (1794-1796 (1640-1642), I).

L. — Insegnano due scrittori che per coteste due cause si può anche sciogliere il contratto ad un costruttore che fabbrica sul suo terreno o ad un operaio che fa il lavoro colla materia sua. Cotesta dottrina non può ammettersi; avvegnachè vi fosse allora una vendita condizionale, non una locazione.—Una vendita, anche soggetta a condizione, non si risolve nè per la sola volontà del compratore nè per la morte del venditore (*ibid.*, II).

LI. — Gli operai adoperati in secondo ordine in un' opera possono rivolgersi direttamente e personalmente contro il proprietario, se l'intraprenditore non li paga; ma non pònno pretendere se non ciò di cui questi sia tuttora creditore *contro* il primo, al tempo in cui l' azione si *sperimenta*. Quindi l'azione non potrebbe aver più luogo per il credito o la porzione di esso che l'intraprenditore avrebbe regolarmente ceduto, nè spetterebbe ai somministratori dei materiali. Del resto, gli operai esercitano *jure proprio* non *jure debitoris* l'azione, onde il proprietario, tostochè gli vien fatta la dimanda dagli operai, diventa loro creditore e non più dell' intraprenditore, cotalchè i di costui creditori non potrebbero concorrere insieme con essi sulla somma dovuta, come lo avrebbero potuto se gli operai avessero agito in virtù dell'art. 1166 (1119).

L'intraprenditore è responsabile verso il proprietario del fatto delle persone da lui

adoperate; e l'operaio di una parte di opera che toglie su di se per un prezzo determinato, è un vero intraprenditore per quella parte (art. 1797-1799 (1643-1645) testo e n. II).

SECONDA PARTE

DELLA LOCAZIONE IMPERFETTA.

LII. — La locazione imperfetta, cioè mista di società, si offre in due casi: 1° nella locazione a colonìa; 2° nei socci, che non sia quello di ferro, di cui discorremmo sopra (n. XXVI).

CAPITOLO PRIMO

DELLA LOCAZIONE A COLONÌA.

LIII. — Dicesi locazione a colonìa (*bail à colonage* o *bail à métairie*) quella in cui il locatario gode di un fondo rustico mercè una divisione dei frutti in una certa proporzione, che di ordinario è la metà, e toglie il nome di *colono*, *colono parziario o a metà (metayer)*. Del resto, quest'ultimo nome è esatto quando i frutti del fondo si dividono in metà, siccome è regola generale.

La locazione a colonìa partecipa della locazione e della società; della prima, dacchè il colono occupa e coltiva da solo il fondo, e dà al locatore, come prezzo di locazione, una porzione di prodotti; dell'altra, dacchè il locatore pone in comune il godimento delle sue terre, mentre l'altra parte somministra il lavoro e la industria. Se dunque non deve dirsi, come si è fatto da uno scrittore, che è una vera locazione, non deve dirsi nemmeno, come avea fatto una Corte di appello in due decisioni (che poi ha disdetto), che sia esclusivamente una società; ma non si può affatto respingere l'idea di locazione, massime che il Codice ha fatto prevalere cotesta idea, collocando questo contratto misto nel nostro titolo (1763-1764 (1609-1610), n. II).

LIV. — La legge nega al locatario, pena lo scioglimento, la facoltà in generale consentita di cedere o sullocare, dappoichè cotesta locazione è pure una società, e si contrae, massime per parte del locante, in considerazione della persona del contraente. Ma pretenderebbesi invano secondo uno scrittore, che quella locazione scioglierebbesi per la morte del colono, e che sia questa una conseguenza del divieto legale di cedere o sullocare. Da una mano è infinitamente men grave il vedersi esposto un locante a veder passare le sue terre, più innanzi e per il caso di morte, presso lo erede del suo locatario (erede ch'ei può conoscere e che per lo più sarà un figlio che ha coltivato la colonìa insieme col padre), che veder passare il fondo immediatamente forse presso un altro colono. D'altra parte, il divieto di sullocare scritto in un affitto non importerebbe scioglimento per la morte del locatario, onde è falso che questo sia conseguenza di quello. La colonìa va dunque soggetta ai principî ordinarî della locazione, e perchè cessi per la morte del locatario, bisogna sia ciò manifestato (*ibid.*).

LV. — Il fittaiuolo ha diritto allo scemamento in proporzione del prezzo stabilito nello affitto, quando per un caso fortuito il suo ricolto è ridotto a metà tutt'al più di un'annata ordinaria; per l'opposto il colono parziario, checchè avvenga, è sempre obbligato a dare la porzione di frutti stabilita. Se il suo ricolto sia di un terzo di un'annata ordinaria, il suo debito di metà dei frutti non si ri-

durrà per questo ad un terzo della metà, cioè ad un sesto dei frutti esistenti, ma egli dovrà sempre la metà secondo la convenzione. Difatti, la riduzione dovuta al locatario deriva, per la natura delle cose, dalla esecuzione pura e semplice della convenzione, dappoichè siccome il colono non è debitore d'una cosa determinata, ma solo di una porzione dei frutti, il caso fortuito che menoma la quantità dei frutti, menoma perciò il valore della porzione dovuta; per modo che gli si darebbe doppia indennità scemando ancora la quantità della porzione. Il colono è anche qui in una condizione più favorevole del fittaiuolo per due aspetti; infatti lo scemamento della porzione invariabile avrà luogo sempre, sia la perdita ingente o poca; ed inoltre sia che il caso fortuito farebbe p[illegible] i frutti prima o dopo che fossero [illegible] dal terreno (art. 1771 (1617), [illegible]

Gli altri principi della locazion[illegible] che non vengono in urto colla col[illegible]ziaria, o ai quali non si è forma[illegible] derogato, applicansi a questo contra[illegible] sembra certo, sebbene la giurispr[illegible] l'abbia pria negato (e poi riconosciu[illegible]) quanto alla presunzione legale di [illegible] ammessa contro il locatario in caso d[illegible]cendio. Essendo il colono, rispetto al [illegible]cante, obbligato a conservare la cosa [illegible]catagli e restituirla come qualunque altr[illegible] locatario, egli deve sobbarcarsi alle con[illegible]seguenze legali di cotesta obbligazione [illegible]ticolo 1733 (1579), III).

CAPITOLO SECONDO

DEI SOCCI.

LVI. — Il soccio, di cui non potrebbe darsi una definizione intera che comprendesse tutto il genere, per le differenze delle sue varie specie, può definirsi sommariamente (togliendone secondo il nostro sistema il soccio di ferro, che è una pura locazione): un contratto col quale una parte affida ad un'altra una quantità di bestiame perchè lo custodisca, lo nutrisca, e ne abbia cura, dovendosi dividere fra lo[illegible] guadagni o le perdite.

Si distinguono (non contando il so[illegible] di ferro) quattro sorta di socci: 1° [illegible]cio semplice; 2° il soccio a metà; [illegible] soccio dato al colono; 4° in fine, [illegible]cio impropriamente detto, che vers[illegible]pra una o più vacche, i cui profitti, e [illegible] le perdite, saranno divisi fra le parti.

SEZIONE PRIMA

DEL SOCCIO SEMPLICE.

LVI *bis*. — Il soccio semplice od ordinario è quello in cui il locante appresta un intero bestiame, per dividerne in metà lo accrescimento e le lane (o peli, crini, ec.) col locatario, che prende esclusivamente per sè il latte, il letame ed il lavoro degli animali, e va soggetto a metà delle perdite avvenute per caso fortuito e senza sua colpa.

Il locatario sarebbe tenuto di tutta la perdita parziale o totale, se non avvenga per caso fortuito, ovvero se il caso fortuito fosse preceduto da colpa di lui, senza di che non sarebbe avvenuto.

Il caso fortuito dovrà provarsi dal locatario, la colpa che si imputa al locatario dal locante.

Al termine dello affitto si fa la seconda stima, per conoscere, dal raffronto di essa con quella fatta al principio dello affitto, se vi sia perdita, e se il locatario debba pagarne al locante la metà; durante l'affitto, il locatario non dovrà mai nulla pagare per tal causa, però non potrebbe

prendersi lo accrescimento, che dovrà far cumulare onde ritornar completo il bestiame. Fatte le due stime, il guadagno o la perdita non si dovrà calcolare secondo il numero degli animali, ma secondo il loro valore (art. 1804-I, 1806-1810, I e II, 1817-I (1650, 1652-1656, 1663)).

LVII. — La triste condizione dei locatari di socci imponeva al legislatore di difenderli energicamente contro la rapacità dei proprietarî che avrebbero potuto abusare della loro miseria. Per cui il Codice ha proibito come immorale qualunque clausola che tenderebbe : 1° a far soffrire al locatario tutta la perdita avvenuta per caso fortuito e senza sua colpa; 2° a fargli soffrire nella perdita una parte maggiore che nel guadagno; 3° a permettere al locante a precapire al termine dell'affitto qualche cosa oltre il bestiame dato a soccio ; 4° infine, a togliere al locatario, per darlo al locante, tutto o parte del latte , del letame e del lavoro degli animali. Il divieto di quest'ultima clausola non è stabilito con una espressa disposizione, come per le precedenti, ma si racchiude implicitamente nel Codice; ma siccome questa clausola appunto si dovea vietare più che le altre (poichè i latticini sono il pane quotidiano dell'infelice locatario) , ed è stata per altro sempre proibita, anche in quello degli antichi sistemi che ammetteva altre clausole oggi vietate, si deve quindi ritenere che il Codice non ha indicato specialmente questa clausola, perchè ha creduto che non si dovesse per essa dubitare, risultando il divieto abbastanza chiaro dalle antiche tradizioni dell'antico dritto e dalla combinazione dei nostri differenti articoli (art. 1811 (1657)-I).

La nullità di una clausola non importa la nullità dell'intero contratto, poichè *utile per inutile non vitiatur*; ma si reputerà che quella non sia scritta , e vi si sostituirà la regola di dritto comune a cui con essa si derogava (*ibid.*, II).

Le clausole non vietate sono permesse; per cui si potrà convenire che il locante avrà una parte maggiore dello accrescimento e delle lane , purchè vi risponda una parte uguale della perdita. Del resto, qualunque sia la proporzione delle parti , il locatario non potrà mai tosare le lane senza avvertire il locante (*ibid.*, I e 1814 (1660)).

Le clausole molto vantaggiose pel locatario non saranno mai vietate, se non siano contrarie ai principî generali ; egli prenderà, oltre le lane, i crini, i peli, le piume che si ricavano dagli animali dati a soccio; infine egli non potrà far lavorare gli animali per conto altrui (1811 (1657)-III).

LVIII. — Nessuna delle parti può disporre in alcun modo, in danno dell'altra, di alcun animale del bestiame, nè dell'accrescimento indiviso; nondimeno l'acquirente di buona fede , che abbia avuto il possesso degli animali (ignorando la esistenza dello affitto), sarebbe protetto dalla regola che in fatto di mobili il possesso vale per titolo. Tranne questo caso , gli acquirenti del locante dovrebbero rispettare il dritto del locatario per analogia dell'art. 1743 (1589). Del resto , non perchè nessuna delle due parti può disporre di alcun animale senza il consenso dell'altra, bisogna inferire da ciò, come fa a torto uno scrittore, che non si potrebbe costringerla alla vendita che si crederebbe utile, od ottenere i danni-interessi, se il ritardo avesse cagionato perdita. Invano si direbbe che il locante è proprietario esclusivo del bestiame, e che quindi non si può obbligarlo contro il suo volere ad alienarlo in tutto o in parte. La qualità di proprietario non l'autorizza a mancare alle sue obbligazioni; ma il locante, contraendo lo affitto, si è obbligato di procurare al locatario tutti i vantaggi che possono risultare dalla buona coltivazione del soccio, e a lasciargli prendere tutti i provvedimenti necessarî od utili per la buona amministrazione (art. 1812 (1658), n. I-III).

LIX. — Il locatore che affida il suo bestiame al fittaiuolo o colono d'un altro proprietario, deve notificare a costui il suo contratto di soccio, acciocchè questi conosca di non appartenere il bestiame al suo fittaiuolo ; se no , il proprietario avrebbe dritto, occorrendo, di farlo vendere come

i mobili addetti al podere. Non importa il modo come si faccia la notificazione; importa solo che il proprietario del podere ne abbia conoscenza; e quand'anche non fosse informato dal locatore del soccio, non avrebbe alcun dritto sul bestiame se in altro modo ne avesse avuto conoscenza. Ciò che si dice rispetto al locatario del soccio, fittaiuolo d'un podere appartenente ad un terzo, si applicherebbe similmente al locatario del soccio che dopo il contratto diverrà fittaiuolo del fondo. Da una mano gli è ben naturale che il locante di uno immobile reputi come propri del locatario, sino a che non si dichiari altrimenti, tutto ciò ch'egli fa entrare nel podere, e di cui fornisce i luoghi, ma non è men naturale che il locante del soccio sorvegli il locatario durante l'affitto, e se vede che il fittaiuolo prende a coltivare un podere su cui conduce il suo bestiame, deve prevenirne il proprietario del podere (articolo 1813 (1659)).

LX. — Il soccio deve durare quanto le parti hanno stabilito nella convenzione; se no, per tre anni, che è il termine segnato dalla legge. Essendovi tacita riconduzione, il termine dovrebbe essere di tre anni. Ciò è molto controverso, e parecchi scrittori propongono varî sistemi contrari; gli uni vogliono che lo affitto novello dovesse durare quanto il primitivo, altri secondo le usanze dei luoghi, altri un solo anno; ma non può ammettersi alcuno di questi sistemi, avvegnachè derivando lo affitto da una tacita riconduzione, la sua durata non è stabilita, e la legge non volendo q[illegible] corra all'usanze dei luoghi, dichia[illegible] malmente che ove manchi la conv[illegible] la durata sarà di tre anni (18[illegible] (1661-1662), n. I).

Del resto, ben si potrebbe oggi [illegible] lare che potrà sciogliersi l'affitto pr[illegible] tre anni, per la sola volontà di una [illegible] parti. Un tempo, simigliante stipula[illegible] non poteva essere permessa, dappo[illegible] da una mano avrebbe posto l'una p[illegible] all'arbitrio dell'altra per sempre (non [illegible] sendovi un termine legale), e dall'altra [illegible] rebbe stato (in conseguenza di quelle [illegible] su cui si procedeva a far liquidi i co[illegible] un mezzo per lo stipulante (che di or[illegible] nario era il locante) di aversi il bestia[illegible] per quel prezzo che gli converrebbe; [illegible] oggi quella clausola non è vietata dal C[illegible] dice, dacchè non più si temono quegl'in[illegible] convenienti (*ibid.*, II).

Il soccio può, come ogni altro contratt[illegible] bilaterale, risolversi quando una delle part[illegible] manchi all'osservanza delle sue obbligazio[illegible] ni; ma non cessa per la morte del loca[illegible] tario, siccome a torto è stato insegnato [illegible] uno scrittore. Non ben si allega a p[illegible] sito la regola della società, perchè [illegible] si risolverebbe per la morte del [illegible] medesimo, il che non può ammettersi [illegible] quando il nostro contratto non era [illegible] per locazione, non si scioglieva nè [illegible] la morte del locante nè del *locatario*, [illegible] più ragione ora dee avvenir così, secondo la nuova teoria del Codice (*ibid.*, III).

SEZIONE II.

DEL SOCCIO A METÀ.

LXI. — Il soccio a metà, detto così perchè ciascuna parte vi somministra la metà di fondo del bestiame, differisce dal precedente negli effetti: 1° perchè la perdita totale, non che la parziale, va divisa in metà; 2° perchè non si può stipulare che il locante avrebbe più di metà nell' accrescimento e nelle lane. Eccetto in questi due punti, si seguono tutte le regole del soccio semplice (1819-1820 (1665-1666)).

LXII. — Notisi che se il soccio semplice o il soccio a metà fossero dati al fittaiuolo o colono del locante, vi si potrebbe stipulare che il locante prenderà più di metà de[illegible] l'accrescimento e delle lane, o che par[illegible] ciperà al latte, al letame e ai lavori [illegible] animali (rubrica della sez. IV).

SEZIONE III.

DEL SOCCIO DATO AL COLONO.

LXIII. — Il soccio a colonìa è l'accessorio della stessa colonìa, e il colono ne cava la metà dei grossi guadagni, e tutto il latte, letame, lavoro di animali, non che la metà degli altri frutti del podere. — In tre punti differisce dal soccio semplice dato ad un estraneo.

Vi si può stipulare : 1° che il locante avrà la metà del latte ; 2° che avrà più di metà nei guadagni del bestiame, e specialmente che il locatario gli rilascerà la sua parte delle lane per un prezzo minore al loro valore ordinario; 3° infine, ove non vi fosse convenzione, si stimerebbe fatto non per tre anni, ma per tutta la durata dell'affitto a colonìa del quale è accessorio. — Dal soccio semplice dato al colono, differisce solo nell'ultimo dei tre punti, e nel resto va soggetto alle regole del soccio semplice (1827-1830 (1673-1676)).

SEZIONE IV.

DEL SOCCIO IMPROPRIAMENTE DETTO.

LXIV. — Questo contratto, che non è propriamente un soccio (poichè non riguarda un corpo di bestiame, una universalità di animali), ma che partecipa, come esso, della locazione e della società, ha per obbietto una o più vacche, che il locatario si obbliga a custodire, nutrire e curare, nutrendo anche i vitelli fino a tre o quattro settimane, e di cui guadagna il latte e il letame, ma non ha parte nella perdita della vacche. Il locatore è obbligato a curare gli animali, caso che ammalassero.

Se nulla si è convenuto intorno alla durata dell'affitto, ciascheduna delle parti può restituire o riprendere le vacche a suo talento, purchè non sia in tempo non opportuno (art. 1831 (1677)).

FINE DELLA PARTE SECONDA E DEL VOLUME TERZO
(V e VI dell'ediz. di Parigi)

SOMMARIO

DELLE MATERIE

SPIEGATE NELLA SECONDA PARTE DEL TERZO VOLUME

FINE DEL SOMMARIO.